Die unrichtige Übermittlung der Willenserklärung

Unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Boten

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Otto Baier
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1937

Druckerei und Verlag wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. März 1935.

Berichterstatter: **Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.**

Zweitberichterstatter: **Professor Dr. Merk †.**

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

Amira v., Karl, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 2, Leipzig 1895.
Arndt, H., Das Zugehen der Willenserklärung als Gegenstand der Zurechnung, Diss. Marburg 1934.
Aßmann, E., Der Bote, Diss. Jena 1906.
Bähr, O., 1) Über Irrungen beim Kontrahieren durch Mittelspersonen, Aufsatz in Iherings Jahrbücher (Iher. Jhb.). Bd. 6, S. 286 ff. Jena 1863.
2) Über Irrungen beim Kontrahieren, Aufsatz in Iher. Jhb. Bd. 14 S. 393 ff.
Behrend, J. Fr., Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin-Leipzig 1886, Bd. 1, Abt. 2.
Bekker, E., Über die Haftpflicht des Mandanten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen. Aufsatz in Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, Bd. 4 S. 169 ff. 1860.
Biermann, J., 1) Gießener Festschrift für Dernburg, 1900.
2) Bürgerliches Recht, Bd. 1. Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.
Binder, J., Wille und Willenserklärung im Tatbestande. Abhandlungen in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 5 S. 266 ff., 414 ff., 566 ff. 1911/12. Bd. 6 S. 96 ff., 282 ff., 451 ff. 1912/13.
Breit, J., Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte, Grundlegung. Leipzig 1903.
Brinkmann, E., Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen gemäß § 120 BGB. Diss. Marburg 1933.
Buchka, H., Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock-Schwerin 1852.
Busch, F. B., Noch ein Beitrag zum Telegraphenrecht. Aufsatz in Arch. ziv. Praxis Bd. 45 S. 1 ff. 1862.
Cosack, K., Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Allgemeine Lehren und Schuldrecht, 7. Auflage, Jena 1922. Cosack-Mitteis 7. und 8. Auflage, 1924—1927.
Crome, C., System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 Einleitung und Allgem. Teil, Tübingen-Leipzig 1900.
Danz, E., Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Auflage 1911.
Dernburg, H., 1) Pandekten. Bd. 2, Obligationenrecht, 7. verb. Aufl., Berlin 1903.
2) Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1, 2. Aufl. Halle 1902.
3) Über Buchka, Lehre von der Stellvertretung, in der kritischen Zeitschrift für die ges. Rechtsw. Bd. 1. S. 1 ff. Heidelberg 1853.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897.
1) Bd. 4. Allgemeine Einleitung zum III. Buch und §§ 343, 372, 3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 (Breit, Hoeniger, Werner).
2) Bd. 1. Allgemeine Einleitung zu §§ 1—104, 3. Aufl. 1930. (Geiler, Hoeniger, Lehmann).
Eck-Leonhard, R., Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.
Ehrenberg, V., Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Abt. II, Leipzig 1915. Bd. 5 Abt. II, Leipzig 1918.

Eltzbacher, P., Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Bd. 1: Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903.
Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, bearbeitet von H. C. Nipperdey, 13. Bearbeitung, Marburg 1931. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung von Lehmann, Marburg 1932.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.
Falkmann, F., Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Erlangen 1908.
Fleck, E., Der Bote (nuntius). Aufsatz in Archiv für Bürgerliches Recht (Arch. B. R.), Bd. 15, S. 377 ff. 1898.
Franke, H., Die unrichtige Übermittlung von Botenerklärungen und ihre Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht. (§§ 120—122). Diss. Heidelberg 1908.
Fromm, E., Der Bote. Insbesondere: Versuch einer scharfen Abgrenzung des Botenbegriffs von dem des Stellvertreters. Diss. Erlangen 1908.
Fuchs, Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht, Aufsatz in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 43 S. 94 ff. 1860.
Gebhard, M., 1) Römisches Recht, 2. Aufl., Hannover 1912.
2) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil. Begründung. (Vorlage des Redaktors).
Gierke, O., Deutsches Privatrecht. Bd. 1, Allgem. Teil und Personenrecht. Leipzig 1895.
Hase v., Die unrichtige Übermittlung des § 120 BGB. Diss. Jena 1907.
Hauser, Vertrags-Antrag, Annahme und Vertragsschluß, Aufsatz in Zeitschr. für das ges. Handelsrecht, Bd. 12. S. 34 ff. 1868.
Hellmann, Fr., 1) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.
2) Besprechung des Werkes von Schloßmann in Zeitschr. für Deutschen Zivilprozeß (Busch) Bd. 31 S. 346 ff.
Hellwig, K., 1) Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, Leipzig 1907.
2) Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen. Aufsatz in Jur. Wochenschr. 1905, S. 356.
Hepner, H., Der Bote ohne Ermächtigung. Diss. Erlangen 1908.
Heusler, A., Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.
Hildebrandt, H., Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts. Berlin-Leipzig 1931.
Himmelschein, J., Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft. Heft 4 der Abhandlung zum Bürgerlichen-, Handels- und Arbeitsrecht, herausgegeben von Hoeniger 1930.
Hölder, Ed., 1) Kommentar zum Allgemeinen Teil d. Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.
2) Zur Theorie der Willenserklärungen. Sonderabdruck aus der Festgabe für Degenkolb, Leipzig 1905.
3) Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung. Aufsatz in Iher. Jhb. Bd. 55 S. 413 ff. 1909.
Hupka, J., Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.
Isay, H., Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.
Jacobi, E., Die Theorie der Willenserklärungen. München 1910.
Jacobson, A., Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, Aufsatz in Iher. Jhb. Bd. 56. 1910.
Ihering v., R., 1) Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Abhandlung in Iher. Jhb. Bd. 1 S. 273 ff. Jena 1857.
2) in Bd. 2 S. 67 ff. 1858.

3) Culpa in contrahendo, Abhandlung in Jher. Jhb. Bd. 4 S. 1 ff. 1861.
Josef, E., 1) Die unrichtige Übermittlung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson. Aufsatz in Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. München 1905. S. 402 ff.
2) Überschreitung der Vollmacht und unrichtige Übermittlung der Erklärung, insbesondere bei Kauf auf Borg statt Barkauf. Abhandlung in Gruchots Beiträge Bd. 51 S. 273 ff.
Jüngling, K., Zur Lehre vom Boten und vom Stellvertreter. Diss. Greifswald 1906.
Jung, E., 1) Bürgerliches Recht in „Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung", herausgegeben von Rud. Stammler, Berlin 1931, Teil IV.
2) Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912.
3) Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilentwürfen Ungarns und Bulgariens, Abhandlung in Jher. Jhb. Bd. 69 S. 30 ff., insbes. S. 82 ff.
Kern, G., Die Haftung für den Boten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1930.
Klein, P., Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Koeppen, A., Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Abhandlung in Jher. Jhb. Bd. 11 S. 139 ff. Jena 1871.
Kohler, J., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Berlin 1906.
Kolping, O., Bote, Stellvertreter, ein Vergleich. Diss. Erlangen 1912.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth. 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928, Bd. 1.
Kornblum, Die Unrichtigkeit der Übermittlung von Willenserklärungen, § 120 BGB. Diss. Greifswald 1912.
Krause, H., Schweigen im Rechtsverkehr, Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung. Marburg 1933. In: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgeg. von E. Heymann, Berlin.
Kunstmann, A., Das „Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach § 130, 131 BGB. Diss. Erlangen 1906.
Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Aufsatz in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 10 S. 183 ff. 1863.
Larenz, K., Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung. Leipzig 1930.
Lehmann, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Lenel, O., Stellvertretung und Vollmacht. Aufsatz in Jher. Jhb. Bd. 36 S. 1 ff.
Lipper, W., Botenschaft und Stellvertretung unter besonderer Berücksichtigung des Irrtums. Diss. Köln 1928.
Lüthje, Fragen der unrichtigen Übermittlung nach § 120 BGB. Diss. Marburg 1923.
Manigk, Alfr., 1) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Breslau 1901.
2) Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin, 1907. Zit. We. u. Wg.

3) Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. Berlin 1919. Zit. J. u. A.
4) Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Beiträge zur Lehre vom Konsens und Dissens. Abhandlung in Jher. Jhb. Bd. 75 S. 127 ff. Jena 1925.
5) Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben (Festgabe) Bd. 6 S. 94 ff. Berlin-Leipzig 1929. Zit. R. G. Festg.
6) Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, zugleich als Besprechung von K. Larenz: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930. Aufsatz in Jur. Wochenschr. 1930, Bd. 2 S. 2193 ff.
7) Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. Abhandlung in Beiträge zum Wirtschaftsrecht-Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsrecht, herausgeg. von E. Heymann, Nr. 62 Bd. 2 S. 590 ff.
8) Unwirksamkeit, Ungültigkeit. Artikel in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft-Hdwb. d. Rechtsw., herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Bd. 6 S. 292 ff., Berlin-Leipzig 1929.
9) Interessenjurisprudenz. Artikel daselbst Bd. 3 S. 309 ff.
10) Rechtshandlungen. Artikel daselbst, Bd. 4 S. 664 ff.
11) Auslegung. Artikel daselbst, Bd. 1 S. 428.
12) Tatsachen, juristische. Artikel daselbst, Bd. 5 S. 847 ff.
13) Interesse. Artikel daselbst, Bd. 3 S. 297 f.
14) Besprechung des Werkes von Himmelschein in Jur. Wochenschr. 1931, Bd. 2 S. 2225 ff.
15) Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. Abhandlung in Jher. Jhb. Bd. 83 S. 1 ff. Jena 1933.

Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
1) Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 Berlin 1899.
2) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.
3) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1 Berlin 1888.
4) Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1897.

Matthiaß, B., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 6. u. 7. Auflage, Berlin 1914.

Matthiessen, Stellvertretung in der Erklärung. Aufsatz in Jur. Wochenschr. 1924 S. 659.

Meili, F., 1) Das Telegraphenrecht, Zürich 1873.
2) Das Telephonrecht, Zürich 1885.

Merk, W., Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht, Aufsatz in „Beiträge zum Wirtschaftsrecht", herausgeg. von Klausing, Nipperdey, Nußbaum, Bd. 1, Marburg 1931.

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.

Mitteis, L., Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht unter Berücksichtigung des österreichischen Rechts. Wien 1885.

Mittermaier, Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschungen mit besonderer Rücksicht auf die Schrift von Serafini. Aufsatz in Arch. für zivil. Praxis Bd. 46 S. 1 ff., 1863 und Bd. 47 S. 214 ff., 1864.

Mommsen, Frd., Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Heft 2: Über die

Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.
Müller, M. E., Bedeutung des Kausalzusammenhangs. 1912.
Oertmann, P., 1) Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerlichem Recht. Leipzig 1914.
2) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Berlin 1927.
Pernice, Alfr., Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. Abhandlung in Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 25 S. 77 ff., 1880.
Pininski, L., Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. Bd. 2, Leipzig 1888.
Planck-Flad, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1 Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1913.
Planitz, H., Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Berlin 1925.
Rebitzki, A., Ungewollte Willenserklärungen. Diss. Königsberg 1911.
Regelsberger, Ferd., Zivilrechtliche Erörterungen in Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 13 S. 333, 1869.
Reyscher, 1) Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphierung. Abhandlung in Zeitschr. f. Deutsches Recht und Deutsche Rechtsw. Bd. 19, Tübingen 1859. S. 271 ff.
2) Urteil des Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1856, die Haftpflicht bei telegraphischen Briefen betreffend. Abhandlung daselbst, Bd. 19 S. 456 ff.
Rosenberg, L., Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
Rümelin, M., Das Handeln im fremden Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Abhandlung in Arch. f. die zivil. Praxis, Bd. 93, S. 131 ff. 1902.
Sauerlandt, Irrtum des Stellvertreters nach gemeinen Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. 1898.
Savigny v., Fr. C., Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1: 1851, Bd. 2: 1853, Berlin.
Schiller, Th., Die unrichtige Übermittlung von telegraphischen Erklärungen. Diss. Rostock 1902.
Schliemann, Beiträge zu der Lehre von der Stellvertretung beim Abschluß obligatorischer Verträge. Abhandlung in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 16 S. 1 ff. Erlangen 1871.
Schloßmann, S., 1) Die Lehre von der Stellvertretung. Teil I: Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig 1900. Teil II: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung. Leipzig 1902.
2) Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Festgabe für Hänel. 1907.
Schmalfuß, E., Die unrichtige Übermittlung nach § 120 BGB. Diss. Erlangen 1911.
Schneider, K., Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbestätigung. Abhandlung in Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 42 S. 273 ff., 1916.
Schulze, A., Grenzen der Anfechtbarkeit unrichtig übermittelter Willenserklärungen. Diss. Köln, 1929.
Serafini, Ph., Der Telegraph, Wien 1865.
Sintenis, K. F., Das Praktische Gemeine Zivilrecht. Bd. 2, Das Obligationenrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.
Soergel, H. Th., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 4. Aufl. Stuttgart 1929. Bd. 1, 5. Aufl. Stuttgart 1931.
Sohm, R., Institutionen. 17. Aufl. Bearbeitet von L. Mitteis, herausgegeben von L. Wenger. München-Leipzig 1928.

Sommer, W., Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Heidelberg 1909.
Sperber, A., Fragen zur Botenlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Jena 1908.
Stark, M., Anfechtung nach § 120 im Falle bewußt falscher Übermittlung? Aufsatz in Leipz. Zeitschr. 1916 S. 301.
Staudinger v.-Riezler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1925. München, Berlin, Leipzig.
Titze, H., 1) Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
2) Irrtum im Privatrecht. Artikel in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 3 S. 368 ff. 1928.
Trebing, Die Behandlung von Willensmängeln bei direkter Stellvertretung nach § 166 BGB. Diss. 1904.
Tuhr v., A., Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Hälfte, München-Berlin 1914, Bd. 2, 2. Hälfte 1918.
Unger, Jos., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 2, 5. Aufl. 1892. Über die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen. Abhandlung in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 673 ff. 1888.
Vangerow v., A., Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1, 7. Aufl. Marburg-Leipzig 1863.
Voßwinkel, A., Die unrichtige Übermittlung des § 120 BGB. Diss. Jena. 1907. Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten. Abhandlung in Arch. für Bürg. Recht, Band 32 S. 386 ff., 1908.
Warneyer, O., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 1930.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906, bearbeitet von Kipp.
Wlassak, M., Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Aufsatz in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, 53. Jahrgang, Wien 1902.
Wolff, K., Mentalreservation. Abhandlung in Iher. Jhb. Bd. 81 S. 53 ff.
Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Straßburg 1876.
Zitelmann, E., 1) Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
2) Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.
3) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf I.

Abkürzungen:

BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
E.	=	Erklärung (en).
h.M.	=	herrschende Meinung.
O.L.G.	=	Oberlandesgericht.
R.G.	=	Reichsgericht.
Rg.	=	Rechtsgeschäft (e).
Rh.	=	Rechtshandlung (en) im engeren Sinne.
W.	=	Wille (n).
We.	=	Willenserklärung (en).
e.We.	=	Empfangsbedürftige Willenserklärung (en).
ne. We.	=	Nichtempfangsbedürftige Willenserklärung (en).
Wg.	=	Willensgeschäft (e).

Für das Schrifttum sind die üblichen Abkürzungen gebraucht worden.
Die angeführten Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Einleitung.

Aufgabe und Methode.

Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches glaubten, den in der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechts bestehenden Theorienstreit über die Frage des Einstehenmüssens für die unrichtige Übermittlung einer Willenserklärung (We.) dadurch beigelegt zu haben, daß sie in § 120 bestimmten:

> „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung".

Damit wurde die Entscheidung im Sinne der damals vorherrschenden Lehrmeinung und Rechtsprechung getroffen und dem Erklärenden der durch die unrichtige Übermittlung entstandene Schaden aufgebürdet. Insoweit wurde in der Tat eine Zweifelsfrage des gemeinen Rechts beseitigt. Andere Zweifelsfragen blieben bestehen; zugleich aber wurde auch der § 120 zum Ausgangspunkt neuer, in der Rechtslehre viel erörterter Streitfragen. Bei der Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis zeigte sich nämlich, daß zwar die rechtlichen Folgen der unrichtigen Übermittlung vom Gesetz klar und eindeutig bestimmt sind, daß aber der Tatbestand, an den sich diese Folgen im einzelnen nun knüpfen sollen, sehr unklar geblieben ist. Findet, um nur einige Beispiele zu nennen, der § 120 auch dann Anwendung, wenn die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt die Botschaft nicht rechtzeitig oder an eine andere Person als den Adressaten übermittelt? Und wie ist zu entscheiden, wenn die zu übermittelnde We. bewußt und absichtlich von der Mittelsperson, vielleicht gar um den Auftraggeber zu schädigen, dem Empfänger unrichtig überbracht wird? Ist auch in diesem Falle die bewußt entstellte Erklärung (E.) noch als die E. d e s Auftraggebers anzusehen oder sind der Anwendung des § 120 Grenzen zu ziehen derart, daß bei einer objektiv ganz anderen We., insbesondere aber bei der absichtlich falschen Übermittlung es einer Anfechtung gar nicht mehr bedarf und die We. ohne eine solche nichtig ist? Die Fragen sind höchst bedeutsam, nicht zuwenigst schon wegen der in § 122 geregelten Schadensersatzpflicht.

Streitig im Rahmen des § 120 ist aber weiterhin, was das Gesetz unter der „zur Übermittlung verwendeten Person" versteht. Im Zusammenhang damit taucht zugleich die andere wichtige, im Schrifttum nicht minder stark umstrittene Frage auf, wo die Grenze zwischen dieser zur Übermittlung verwendeten Person und anderen Hilfspersonen, denen man sich beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes (Rg.) bedienen kann, insbesondere dem Stellvertreter verläuft. Kennt das Gesetz überhaupt einen begrifflichen Unterschied zwischen dem sog. Boten und dem Stellvertreter?

Und nicht zuletzt sei auf das zugrundeliegende und auch in § 120 wiederkehrende allgemeine Problem der We. und ihrer begrifflichen Erfassung hingewiesen, um nur anzudeuten, wie unsicher das Anwendungsgebiet des § 120 ist. Es ist daher keineswegs so, als ob der Interessenstreit über das Einstehenmüssen für die unrichtige Übermittlung einer We. durch die Schaffung dieser Gesetzesnorm nun endgültig beigelegt sei. Das wird auch in den Motiven nicht

verkannt, wenn es dort an einer Stelle heißt [1]): „Wie weit der Begriff der Übermittlung reicht, mag unter Umständen zweifelhaft sein, eignet sich aber nicht zur Entscheidung durch das Gesetz". Somit ist es der Wissenschaft überlassen, die Grenzen der Anfechtbarkeit, die das Gesetz in § 120 nicht genau erkennen läßt, und damit zugleich die Voraussetzungen für die unrichtige Übermittlung näher zu bestimmen. Das soll in dieser Arbeit versucht werden.

Die unrichtige Übermittlung ist schon mehrfach in grundsätzlicher Hinsicht bearbeitet worden; es sei hier nur auf die Abhandlungen von Bähr [2]) (1863), Schiller (1902), v. Hase (1907), Franke (1908), Schmalfuß (1911), Schulze (1929), Brinkmann (1933) und Arndt (1934) hingewiesen [3]). Andere Schriftsteller [4]), die zwar nicht dieses Thema zum Gegenstande ihrer Bearbeitung hatten, mußten aber doch bei ihrer die Rechtsstellung des Boten betreffenden Arbeit sich mit diesen Fragen auseinandersetzen. Bemerkenswert ist dabei die Tatsache, daß die Verfasser meist zu verschiedenen, im einzelnen oft sehr voneinander abweichenden Ergebnissen gelangten. Bald wurden die Grenzen des § 120 weiter, bald enger gesteckt; eine einheitliche Formel wurde nicht gefunden. Dies zeigt einerseits deutlich die Schwierigkeit des Problems, es zeigt aber auch weiter, daß die von den Verfassern eingeschlagenen Wege zur Ermittlung dieser streitigen Grenze nicht die richtigen gewesen sein können [5]). Aus dem § 120 allein läßt sich die Entscheidung nicht finden, weder aus seiner unklaren Entstehungsgeschichte noch aus seinem oft herangezogenen, aber sehr widerspruchsvoll erfaßten Grundgedanken. Die Begründung nur auf das Rechtsgefühl, das Verkehrsbedürfnis, die Billigkeit und ähnliche unbestimmte Größen stützen zu wollen, ist gefährlich, denn diese Quellen sind zu unbestimmt, um in der vorliegenden Rechtsfrage zuverlässigen Anhalt zu liefern. Das zeigt sich darin, daß fast alle genannten Schriftsteller trotz ihrer verschiedenartigen Ergebnisse sich für ihre Ansicht auf sie berufen haben [6]).

Aus dieser Erkenntnis heraus soll der in dieser Bearbeitung einzuschlagende Weg ein anderer sein. Die abgeschlossene, gesonderte Darstellung einzelner Institute des BGB. verführt leicht dazu, sich mit einer meist nur kasuistischen Brauchbarkeit der gefundenen Entscheidung zu begnügen, ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe auch dem System des Gesetzes und daher allen Möglichkeiten des Lebens gerecht wird. Ein solches Verfahren muß notwendig zur Rechtsunsicherheit und Unrichtigkeit führen. Aus diesem Grunde kann auch die Methode der sog. Interessenjurisprudenz [7]), die unter Ablehnung begriffsmäßiger Konstruktionen die Entscheidung auf die Weise zu finden sucht, daß sie jedes Rechtsverhältnis nach Lage der beteiligten Interessen beurteilt, hier nicht zum Ziele führen. Denn ganz abgesehen davon, daß die gesetzliche Regelung in den meisten Fällen nichts anderes ist als die Regelung und bindende Wertung eines In-

---

[1]) a. a. O. Bd. 1 S. 223.

[2]) Bähr auf der Grundlage des gemeinen Rechts.

[3]) S. die Angaben im Schrifttumsverzeichnis.

[4]) z. B. Aßmann, E. Cohn, Falkmann, Fleck, Kern, Kolping, Sommer u. a.

[5]) Eine Ausnahme hiervon dürfte lediglich die Bearbeitung von Brinkmann machen. Er versucht, die Abgrenzung durch den Begriff der Zurechnung des Erklärungswertes einer We. zu gewinnen und scheidet von vornherein alle Fälle aus dem Anwendungsgebiet des § 120 aus, wo eine solche Zurechnung nicht stattfindet. Der Weg ist richtig; doch vermag Brinkmann keinen genügenden Aufschluß über den Grund der Zurechnung zu geben.

[6]) Vgl. z. B. die Abhandlungen von Franke, Aßmann und Fleck mit denen von Schmalfuß, Kolping und Falkmann.

[7]) S. dazu Heck: Gesetzliche Auslegung und Interessenjurisprudenz, 1914. Ferner Stampe: D.J.Z. 1910 Seite 421.

teressenkonfliktes, das Gesetz hierbei aber nicht nur von den beteiligten Interessen, sondern auch von übergeordneten rechtspolitischen und ethischen Gründen ausgeht, vermag diese Methode auch keinen Gesichtspunkt dafür zu bringen, nach welchem Maßstab nun eine solche Abwägung der Interessen stattzufinden habe. Immer bleibt dabei die entscheidende Frage offen, welche der widerstreitenden Interessen jeweils die schutzwürdigeren sind [8]). Man denke etwa an die Interessen im Schadensfalle und an die Frage, wer und nach welchem Gesichtspunkt den Schaden zu tragen oder zu verteilen ist. Gerade bei den Bearbeitungen des Problems der unrichtigen Übermittlung zeigt sich mit aller Deutlichkeit, daß bald die Interessen des Empfängers (Vertrauenstheorie), bald die des Erklärenden (Willensthorie) als die schutzwürdigeren hingestellt werden.

Andererseits wäre auch eine Methode verfehlt, die die Entscheidung mit Hilfe reiner Begriffsjurisprudenz treffen wollte. Eine solche kann nur da zum Ziele führen, wo die Begriffe auch allen gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, d. h. wo die Begriffe selbst aus den von der Rechtsordnung aufgestellten Normen und ihrer bewährten Anwendung entnommen worden sind. Nur diese so gefundenen Begriffe bieten die Gewähr, daß rechtlich Gleiches auch gleich behandelt wird.

So würde auch in unserer Bearbeitung eine Loslösung der Fragen des § 120 durch eine abgesonderte Darstellung nur im Rahmen dieser Vorschrift die Gefahr mit sich bringen, den Zusammenhang mit dem Rechtsganzen zu verlieren und vielleicht nur das rein Technische zu erfassen. Auch die Bestimmung des § 120 ist nur Bestandteil eines Systems. Seine Stellung in diesem System und seine Bedeutung für das System zu erkennen und zu untersuchen, muß Aufgabe der Bearbeitung sein. Es ist nötig, den § 120 unter dem Titel zu betrachten, unter welchem ihn auch das Gesetz nicht ohne Grund behandelt, nämlich unter dem Titel der We. Nur im Blickfeld dieses Begriffes wird er uns verständlich werden, und es wird sich zeigen, daß schon aus dem richtig verstandenen legalen Begriff der We., die ja nach § 120 Gegenstand der Übermittlung bildet, eine Reihe streitiger Grenzfälle geklärt werden können und daher von vornherein für die Anwendung des § 120 ausscheiden. Hierbei wird sich der Begriff der Z u r e c h e n b a r k e i t als fruchtbar erweisen, dessen Verbindung mit dem S c h u l d m o m e n t manche bisher als unbillig empfundene Härte auszugleichen geeignet erscheint. Daher ist zunächst der Begriff der We. und die auf ihm beruhende Zurechenbarkeit des Erklärungswertes darzulegen. Erst dann können in einem besonderen Teile die Voraussetzungen des § 120 im einzelnen näher bestimmt und die in der Rechtslehre besonders umstrittenen Zweifelsfragen geklärt werden.

---

[8]) Vgl. die Ablehnung durch Manigk in Handw. d. Rechtsw. Bd. 3 Seite 309 ff. Jüngst Manigk: Stellungnahme zu Oertmann und Müller-Erzbach in Oesterreich. Zentralblatt f. d. jurist. Praxis (Wien 1933) 51, S. 673 ff.

I. Teil:

Allgemeiner Teil.

I. Kapitel:

Geschichtlicher Rückblick.

§ 1.

Entstehung der Fragen unrichtiger Übermittlung. Behandlung im BGB.

Bevor auf die rechtliche Behandlung des den Gegenstand der Untersuchung bildenden Themas näher eingegangen wird, sei ein kurzer geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der Fragen der unrichtigen Übermittlung vorausgeschickt. Auch der § 120 hat seine Geschichte, und es hat einer jahrzehntelangen Entwicklung bedurft, bis der in § 120 ausgesprochene Rechtssatz diesen Niederschlag im Gesetz gefunden hat.

Die Aufnahme der Vorschrift in das BGB. war ein dringendes Gebot des Verkehrsbedürfnisses. Die Erfindung der Telegraphie und die rasche Entwicklung des gesamten Verkehrswesens führten zu einer immer zunehmenden Beschleunigung des Geschäftsverkehres und brachten es mit sich, daß die Menschen in viel stärkerem Maße als bisher sich fremder Hilfskräfte sowohl menschlicher als auch mechanischer Natur als Vermittlungsorgane bedienen mußten. Der kaufmänische Verkehr, insbesondere der aufblühende Großhandel, andererseits die öffentlichen Behörden und andere Einrichtungen stellten im weitesten Maße die neu erfundene Telegraphie in ihren Dienst, und die Entwicklung führte bald dahin, daß sich niemand mehr der Verwendung dieser Erfindung ohne Nachteil zu entziehen vermochte. Diesem Verkehrsbedürfnis mußte das Gesetz Rechnung tragen, wenn es der fortschreitenden Entwicklung des Verkehrslebens nicht hindernd entgegenstehen wollte. Es mußte dabei einerseits im Interesse des Verkehrs die Verwendung solcher Hilfskräfte beim Austausch rechtserheblicher Geschäfte zulassen, andererseits durfte es dabei aber die Gefahr nicht verkennen, die darin lag, daß die En. auf dem Wege zum Empfänger manchen Zufälligkeiten, insbesondere dem Versagen der Übermittlungsorgane, aber auch des technischen Apparates ausgesetzt sind. In richter Erkenntnis dieser Schwierigkeiten und unter gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen bestimmt das BGB. in § 120 die Gültigkeit auch der unrichtig übermittelten E., gibt aber dem Erklärenden zugleich das Recht, diesen mit seinem wirklichen W. nicht mehr übereinstimmenden E.-Tatbestand durch Anfechtung rückwirkend aufzuheben, allerdings mit der Verpflichtung, dem Gegner den durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der E. entstandenen Schaden zu ersetzen. (Vertrauensschaden, § 122.) Damit hat das Gesetz den Fall der unrichtigen Übermittlung dem des Irrtums (§ 119) in der rechtlichen Behandlung gleichgestellt.

§ 2.

Die Behandlung in früheren Rechten.

A. Im römischen Recht.

Es wurde oben gezeigt, daß das Problem der unrichtigen Übermittlung erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Erfindung der Telegraphie seine eigentliche Bedeutung erlangte. So ist es auch zu verstehen, daß dem römischen Recht diese Fragen noch fremd gewesen sind. Zwar finden wir den Begriff des nuntius in den Quellen (corpus iuris) an zahlreichen Stellen [1]), wir können auch aus Gleichstellungen des nuntius mit den literae und epistulae wohl schließen, daß der nuntius im Gegensatz zu dem alius als ein lediglich willenloses Werkzeug betrachtet wurde; aber nirgends finden wir in den Quellen eine Regelung darüber, wer für den durch die unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden einzustehen hatte. Dieses Fehlen jeglicher gesetzlicher Bestimmung läßt sich weiter auch daraus erklären, daß für die Römer ein praktisches Bedürfnis, das Institut des Boten und die damit zusammenhängenden Fragen zu erörtern oder gar gesetzlich zu regeln, nicht bestand. Hatten sie doch in den Hauskindern und in dem Sklaventum einen vollwertigen Ersatz sowohl für den Boten als auch für den Stellvertreter. Denn auch die Stellvertretung war den Römern ursprünglich völlig unbekannt. Die Hauskinder und Sklaven waren aber weder Boten noch Stellvertreter; was sie erwarben, erwarben sie mit Rechtsnotwendigkeit für den dominus, selbst gegen ihren Willen und auch selbst dann, wenn der dominus bezw. pater familias von dem Erwerb gar keine Kenntnis hatte [2]).

Die Haftung für die unrichtige Übermittlung bestimmte sich daher nach den allgemein geltenden Haftungsgrundsätzen; danach haftete der Absender der falsch übermittelten E. weder aus Vertrag noch aus einem sonstigen Grunde für den entstandenen Schaden. Eine vertragliche Haftung griff nicht Platz, weil im Falle der unrichtigen Übermittlung ein Vertrag zwischen den Parteien nicht zustande kam, da der Bote das ihm Aufgetragene nicht erklärte, das Erklärte aber nicht dem wahren W. des Herrn entsprach [3]). Eine aus einem sonstigen Rechtsgrund entstehende Haftung, insbesondere eine Haftung nach der lex Aquilia, kam deshalb nicht in Betracht, weil es an der culpa des Handelnden, die wesentliche Voraussetzung für jede Haftung bildete, fehlte. Daß die Römer in der Benutzung eines Boten schon eine Schuld des Erklärenden erblickten, läßt sich nirgends feststellen, ist aber auch nicht wahrscheinlich. Zudem wurde nach der lex Aquilia, ähnlich unserem heutigen § 823, nur bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter gehaftet; zu diesen aber zählte die Beschädigung fremden Vermögens nicht.

B. Im germanischen Recht.

Im älteren deutschen Recht spielte die Übermittlung von Nachrichten durch Boten eine erhebliche Rolle. Doch ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Rechtsfolgen sich im einzelnen an die unrichtige Übermittlung von Botschaften knüpften. Die Frage läßt sich nur beantworten, wenn auf die Eigenart des germanichen Rechts näher eingegangen wird. Wie bei den formstrengen Prozeßhandlungen mußte auch bei anderen Geschäften durch die Form und die Art des Abschlusses die Erkennbarkeit und die Offenkundigkeit gesichert werden. Das

[1]) S. dazu Näheres in § 3 A.

[2]) S. auch Brinkmann a. a. O. S. 3, Lipper a. a. O. S. 1, Hupka a. a. O. S. 1/2.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 § 309, S. 268.

Rg. mußte daher hörbar und sichtbar sein und bedurfte der mündlichen Rede [4]). Dabei waren bestimmte Formen und Handlungen vorgeschrieben, deren Nichteinhaltung das Geschäft ohne weiteres unwirksam machte. Das germanische Recht neigte nun dazu, aus diesen bestimmten Handlungen und diesem typischen äußeren Tatbestand ohne Zulassung des Gegenbeweises das ihm regelmäßig entsprechende innere Verhalten zu folgern [5]). Der Erklärende wurde unnachsichtlich beim Wort genommen [6]), was auch in zahlreichen Rechtssprichwörtern zum Ausdruck gekommen ist: „Ein Mann, ein Wort, das Wort muß stehen, wenn das Wort von der Zunge ist, ist der Mann gebunden" usw. Aus diesem Bestreben des germanischen Rechts folgt, daß eine Anfechtung wegen Irrtums unzulässig war [6]). Es läßt sich auch nicht bezweifeln, daß, wer sich eines Boten zur Übermittlung einer We. bediente, unbedingt an die übermittelte E. gebunden war.

C. Gemeines Recht.

Systematische Erörterungen über unser Problem finden wir erst im gemeinen Recht. Das hängt, wie schon oben erwähnt, mit der Erfindung der Telegraphie zusammen. War es doch jetzt mit Hilfe dieser neuen Erfindung möglich, En. selbst an solche Personen abzugeben oder von ihnen entgegenzunehmen, deren Handelsniederlassungen vielleicht Hunderte oder Tausende von Kilometern voneinander entfernt lagen. Mit der Benutzung der Telegraphie ereigneten sich die ersten bedeutenderen Fälle einer unrichtigen Übermittlung. Den Anfang machte der Fall des Kölner Landgerichts, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

I.

Am 17. Januar 1856 gab das Bankhaus Oppenheim in Köln dem Bankhaus Weiller in Frankfurt/M. den Auftrag [7]) zum Ankauf von Aktien. Infolge eines Versehens verwechselte der Telegraphenbeamte die Worte „Kaufen Sie" in dem Aufgabetelegramm mit „Verkaufen Sie", so daß die Ausfertigung der Depesche, die dem Frankfurter Bankhaus zuging, auf „Verkaufen Sie" lautete. Der durch Ausführung dieses unrichtig übermittelten Auftrages dem Frankfurter Bankhaus entstandene Schaden belief sich auf 40000 Taler. In dem darauffolgenden Prozesse verurteilte das Landgericht Köln [8]) das Bankhaus Oppenheim, das den Auftrag erteilt hatte, zur Tragung des Schadens. Interessant ist die Begründung des Urteils. Da auch im gemeinen Recht die Frage nach den Folgen der unrichtigen Übermittlung einer We. durch die damit betraute Person oder Anstalt nirgends besonders gesetzlich geregelt war, sah sich das Landgericht gezwungen, die Haftung des Absenders nach den allgemeinen Grundsätzen des damals geltenden Rechts zu konstruieren. Eine vertragliche Haftung kam dabei nicht in Frage, denn ein Vertrag war zwischen den Parteien, wie auch das Landgericht zutreffend ausführt, wegen mangelnder Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen. Es blieb also nur die außervertragliche Haftung; diese aber setzte nach den Vorschriften des gemeinen Rechts ein Verschulden des Handelnden voraus. Wollte das Langericht die Klage also nicht abweisen, so mußte es in der Benutzung des Telegraphen ein Verschulden des Erklärenden erblicken. Nur so ist es dann auch zu verstehen, wenn in den Entscheidungsgründen ausgeführt wird: Die Telegraphie bilde

---

[4]) S. dazu K. v. Amira a. a. O. S. 364 ff., ferner in Grundriß des germanischen Rechts, 3. Auflg. 1913, § 70 S. 222.

[5]) W. Merk a. a. O. S. 96; vgl. ferner O. Gierke a. a. O. S. 288, A. Heusler a. a. O. § 14 S. 60 ff.

[6]) W. Merk a. a. O., ferner K. v. Amira (Grundriß) S. 222.

[7]) Wortlaut des Telegramms bei Reyscher a. a. O. S. 456.

[8]) Urteil vom 29. Juli 1856. S. Reyscher a. a. O. S. 456 ff.

„noch ein mehr oder weniger ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel". Infolgedessen habe „derjenige, welcher sich dieses unsicheren Mittels zu seiner Korrespondenz bediene und die Vorsichtsmaßregeln, welche zur Vergewisserung der richtigen Übermittlung vorhanden seien, (gemeint ist hier das sog. Kollationieren) unterlasse, sich die Folgen von eintretenden Störungen und Irrungen selbst zuzuschreiben und müsse daher dem anderen den dadurch entstandenen Schaden ersetzen [9])". Ein eignes Verschulden des Empfängers der Depesche wurde von dem Landgericht verneint.

II.

Die Entscheidung erregte damals großes Aufsehen und bot den Anlaß zu einer umfangreichen Erörterung. Auf dieses Schrifttum soll im folgenden kurz eingegangen werden, da es auf die Schaffung des § 120 einen maßgeblichen Einfluß ausgeübt hat und daher auch heute noch, wo es nunmehr gilt, das streitige Anwendungsgebiet dieser Vorschrift abzugrenzen, von gewisser Bedeutung ist.

Die Entscheidung wurde von der herrschenden Meinung (h.M.) des gemeinen Rechts gebilligt. Insbesondere betrachtete man es auch rechtspolitisch als gerechtfertigt, den Absender, d. h. den eigentlichen Urheber der E., für den durch die unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden haften zu lassen. Doch war diese Meinung keineswegs allgemein anerkannt.

So lehnten Busch [10]), Serafini [11]), Mittermaier [12]), Mommsen [13]) und Hauser grundsätzlich jede Haftung des Absenders ab; eine solche lasse sich weder auf Vertrag gründen, da ja ein solcher wegen mangelnden Konsenses nicht zustande gekommen sei, noch könne sie außervertraglich aus einem Verschulden hergeleitet werden. In der Benutzung der Telegraphie sei kein Verschulden zu erblicken [14]), ebensowenig in dem Unterlassen der Kollationierung. Letzteren Vorwurf könne man zumindest mit demselben Recht auch dem Empfänger der Depesche machen. Hauser [15]) will die Entscheidung darauf abstellen, ob dem einen oder anderen Teile ein Verschulden zuzurechnen sei; liege aber weder bei dem Erklärenden noch bei dem Empfänger ein solches vor, so würden die Rechtsgrundsätze über die Tragung des Zufalles entscheiden. Nur in zwei Ausnahmefällen lassen auch diese Schriftsteller den Absender haften, nämlich einmal dann, wenn der Erklärende die Gefahr der unrichtigen Übermittlung ausdrücklich auf sich genommen, und zum anderen in den Fällen, wo der Absender durch sein Verhalten den Irrtum selbst verschuldet hat, so z. B. durch unleserliche Schrift [16]). Reyscher [17]), der auch zu dieser Gruppe zu zählen ist, geht noch einen Schritt weiter. Nach ihm hat der Absender dem Empfänger den erlittenen Schaden auch dann schon zu ersetzen, wenn jener die Gefahr nur stillschweigend übernommen hat; eine solche könne z. B. darin erblickt werden, daß der Absender dem Adressaten den Auftrag erteilt habe, sofort zu handeln.

Die überwiegende Anzahl der Schriftsteller aber billigt den Standpunkt des Landgerichts Köln. Auch sie stimmen zunächst alle darin überein, daß bei

---

[9]) Reyscher a. a. O. S. 466/7.

[10]) a. a. O. S. 10 ff., insbes. S. 16.

[11]) a. a. O. S. 10 ff.

[12]) a. a. O. S. 8 ff.

[13]) a. a. O. S. 125 ff., insbes. S. 129.

[14]) S. z. B. Serafini S. 51, Busch S. 26, Hauser S. 62, Reyscher a. a. O. S. 471 ff.

[15]) a. a. O. S. 61 u. 62, insbes. Anm. 49.

[16]) S. z. B. Serafini a. a. O. S. 57.

[17]) a. a. O. S. 295 ff.

der unrichtigen Übermittlung von We. ein Vertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen sei, da es an einer tatsächlichen Einigung fehle. Über die Begründung der Absenderhaftung aber gehen die Meinungen auseinander. Der Versuch des Landgerichts Köln, nämlich in der Benutzung des Telegraphen ein Verschulden zu erblicken und daraus eine außervertragliche Haftung herzuleiten, findet aber allgemein Ablehnung.

Jhering [18]) glaubt die Haftung des Absenders aus der culpa folgern zu können, die darin liege, daß sich der Erklärende überhaupt eines Boten bediene, der, möge er auch noch so zuverlässig sein, „nicht die absolute Gewißheit der authentischen Übermittlung der Erklärung gewährleiste". Jhm folgt im wesentlichen auch Vangerow [19]). Der Begründung Jherings kann man aber entgegenhalten, daß dieser Vorwurf im gleichen Maße auch den Empfänger treffen müßte, da er seinerseits ja auch damit rechnen muß, daß eine von einem Boten überbrachte E. möglicherweise dem W. des Absenders nicht mehr entspricht. Wenn Jhering ferner die Haftung der Parteien weitgehend auch schon auf die bloßen Vorbereitungshandlungen ausdehnt und in diesen Fällen eine sog. culpa in contrahendo konstruiert, so verflüchtet sich der Begriff des Verschuldens bei ihm immer mehr und wird oft zu einem solchen der reinen Veranlassung. Jn der Tat stellt auch Jhering beide Begriffe nebeneinander, wie sich bezügl. der unrichtigen Übermittlung aus folgender Stelle ergibt [20]): „Er (gemeint ist hier der Absender) veranlaßt, wie Fuchs selbst sich ausdrückt, die Gefahr, ich wüßte nicht, warum man nicht sagen dürfte: Er hat sie verschuldet". So kommt auch schon bei Jhering unter dem Decknamen des Verschuldens ein anderes Prinzip zum Durchbruch, nämlich der deutschrechtliche Gedanke der Veranlassung.

Auf diesen Grundsatz stützt eine weitere Gruppe von Schriftstellern die Haftung des Absenders. Es sind hier vor allem Fuchs [21]), Koeppen [22]), Meili [23]), Sintenis [24]) und Pininski [25]) zu nennen. Nach ihnen tritt die Haftung des Erklärenden nicht ein, weil derselbe die Gefahr der unrichtigen Übermittlung verschuldet, sondern weil er sie in seinem eigenen Jnteresse veranlaßt hat. Die Begründung der Ansicht beruft sich auf das natürliche Rechtsgefühl. Diese Veranlassungstheorie kommt folgerichtig zu dem Ergebnis, daß der Absender selbst dann für den erlittenen Schaden einzustehen hat, wenn der Bote die E. absichtlich falsch übermittelt [26]). Zu dieser Gruppe muß auch Unger gerechnet werden [27]). Er bejaht die Haftung des Absenders deshalb, weil der Erklärende mit den Vorteilen, die er durch Entsendung eines Boten an Zeitversäumnis und Arbeit habe, auch gleichzeitig die Nachteile mit in Kauf nehmen müsse. Dies sei eine unabweisbare Forderung unseres Rechtsbewußtseins, die in einem ethischen Grunde wurzele. Rechtspolitisch sei es nicht gerechtfertigt, den Empfänger für Versehen von Personen Schaden leiden zu lassen, deren Brauchbarkeit und Zuverlässigkeit gewöhnlich nur der Absender beurteilen könne. Endlich sind in diesem Zusammenhange auch noch Bähr [28]), Dernburg [29]) und Regelsber-

---

[18]) Jn Jher. Jhb. Bd. 4 S. 83 ff.
[19]) a. a. O. § 109, S. 165 Anm. 1., 166.
[20]) Jher. Jhb. Bd. 4 S. 111.
[21]) a. a. O. S. 99 ff.
[22]) a. a. O. S. 386 ff.
[23]) a. a. O. S. 126/127.
[24]) a. a. O. S. 249 Anm. 13.
[25]) a. a. O. S. 534/535.
[26]) S. z. B. Koeppen a. a. O. S. 387, Unger a. a. O. S. 684 Anm. 34.
[27]) a. a. O. S. 684.
[28]) Jn Jher. Jhb. Bd. 6 S. 303 ff.

ger[30]) zu erwähnen, die eine Haftung des Absenders mit dem Grundsatz der bona fides rechtfertigen wollen.

Wieder anders begründet Bekker die Haftung[31]). Von der Erwägung aus, daß allen bisherigen Begründungsversuchen die gesetzliche Grundlage im gemeinen Recht fehle, daß aber die Bejahung der Haftung eine rechtspolitische Notwendigkeit sei, kommt er zu der sog. Mandatstheorie. Das Telegramm enthalte neben der Ausführungsanweisung zugleich ein Vertragsangebot, das durch die Ausführung der Anweisung angenommen werde. Zwischen den Parteien sei also ein Mandatsvertrag zustande gekommen, aus welchem sich die Haftung des Absenders ohne weiteres ergeben würde. Bekker hat aber mit seiner Mandatstheorie in der Rechtslehre wenig Anklang gefunden. Es wurde ihm mit Recht entgegengehalten, daß die von ihm durchgeführte Teilung lebensfremd und künstlich sei; zudem sei ja auch schon der Mandatsvertrag wegen Nichtigkeit des Hauptvertrages ebenfalls nichtig.

Auch Windscheid[32]) erkennt die Entscheidung des Kölner Landgerichtes in ihrem Ergebnis als richtig an, versucht sie aber ebenfalls anders zu begründen. Ursprünglich[33]) stützte er die Haftung des Erklärenden auf die von diesem stillschweigend übernommene Garantie für die richtige Übermittlung, später rechtfertigt er sie damit, daß der Absender sich die falsche E. des Boten aneigne und daher wie für seine eigne einzustehen habe (Aneignungstheorie). Sehr treffend unterscheidet hierbei Windscheid zwischen dem, was der E.-Empfänger als E. auffassen darf und welche Voraussetzungen erst den Begriff der We. erfüllen. „Denn wer zum Zwecke einer E. ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine E. an. Man merke wohl: Er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine E. an, nicht als die E. seines Willens[34])." Von diesem Gesichtspunkte aus erklären sich auch die von Windscheid gemachten beiden Ausnahmen. Der Erklärende haftet nach ihm nämlich einmal dann nicht, wenn der Bote die E. wissentlich falsch übermittelt, da diese Unrichtigkeit nicht auf dem Willensimpulse des Erklärenden beruht[35]), zum anderen aber auch dann nicht, wenn die unrichtige Übermittlung die Folge von Umständen ist, die außer aller Betrachtung liegen. Windscheid hat hier schon richtig erkannt, daß auch allein der äußere, von dem W. des Erklärenden abgetrennte E.-Tatbestand Rechtswirkungen zu erzeugen vermag.

Noch klarer kommt dies bei Pernice zum Ausdruck[36]). Er trennt scharf die E. von dem zugrunde liegenden W., indem er die dem Empfänger zugegangene E. gegenüber dem W. verselbständigt. Nur aus dieser Auffassung heraus könne man zu der Ansicht gelangen, daß der Empfänger befugt sei, bis zum Widerruf die ihm zugegangene E. so zu behandeln, als sei sie die des Absenders. „Die E. besteht, bis feststeht, daß der W. ihr nicht entspricht". Dieser äußere, rechtserhebliche Tatbestand ist also für Pernice nur ein Teiltatbestand, der durch die Berufung auf den wirklichen W. in sich zusammenfällt und nur, wie hier z. B. in dem Fall der unrichtigen Übermittlung, gewisse Schadensersatzpflichten nach sich zieht.

---

[29]) Pandekten, Bd. 2 § 116 S. 223 Anm. 16.
[30]) a. a. O. S. 335.
[31]) a. a. O. S. 169 ff.
[32]) Windcheid-Kipp a. a. O. S. 268 ff.
[33]) a. a. O. 1.—4. Auflage.
[34]) a. a. O. § 309 S. 268 Anm. 6.
[35]) a. a. O. S. 269 und Anm. 8.
[36]) a. a. O. S. 122/123.

III.

Ganz im Gegensatz zu den bisherigen Ansichten und ihren Begründungen steht eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts (O.A.G.) zu Berlin [37]) mit folgendem Sachverhalt: Der Absender des Telegrammes hatte dem E.-Empfänger ein Angebot von 200 Zentnern Kartoffeln zu 29 Sgr. gemacht. In der dem Empfänger zugegangenen Ausfertigung der Depesche lautete das Angebot aber auf 21 Sgr. In einseitig übertriebener Betonung des äußeren E.-Tatbestandes kommt das O.A.G. zu dem Ergebnis, daß trotz der unrichtigen Übermittlung durch die Telegraphenanstalt ein Vertrag auf das „Erklärte" zustande gekommen sei. Das Verkehrsbedürfnis verlange es, daß jeder sich auf eine ihm gegenüber abgegebene E. müsse verlassen können. Nur in dem Fall, daß der Gegner die Unrichtigkeit der Übermittlung gekannt habe, sei dem Absender die E. als seine We. nicht zuzurechnen. Diese auf einer einseitigen E.-Theorie aufgebaute Entscheidung des O.A.G. steht sowohl mit der gesamten Rechtslehre als auch mit der Rechtsprechung des gemeinen Rechts in Widerspruch.

Umso erfreulicher ist es, daß das Reichsgericht in der bekannten Entscheidung vom 26. Juni 1891 [38]) diesen rein erklärungstheoretischen Standpunkt des O.A.G. nicht nur verwirft und im Sinne der h. M. einen Vertragsschluß wegen mangelnder Willensübereinstimmung nicht anerkennt, sondern auch einige richtige und brauchbare Ansätze in der Erfassung des Problems der unrichtigen Übermittlung zeigt. Ähnlich wie Pernice hebt das Reichsgericht die Verselbständigung der E. gegenüber dem W. hervor, indem es auf die selbständige Bedeutung der Wahl des Mittels hinweist. Da die Entscheidung auch im übrigen recht beachtenswert ist, sei im folgenden kurz darauf eingegangen. Den Ausgangspunkt bildete folgender Tatbestand: Ein in Hamburg aufgegebenes Telegramm enthielt den Auftrag zum Verkauf von 2000 Pfund Sterling Dynamit-Trust-Aktien; in der dem Empfänger in Berlin ausgehändigten Ausfertigung des Telegrammes war die zu verkaufende Summe aber auf 20 000 Pfund Sterling angegeben. Beide Vorinstanzen verurteilten den Absender zur Tragung des dem Empfänger dadurch entstandenen Schadens; die eingelegte Revision wurde vom Reichsgericht verworfen. In längeren Ausführungen setzt sich das Reichsgericht in seinen Entscheidungsgründen mit den verschiedenen Theorien auseinander. Zunächst wird die noch von dem Berufungsrichter (ähnlich dem Kölner Landgerichtsfall) vertretene außervertragliche Haftung abgelehnt, da weder in der Benutzung des Telegraphen noch in dem Unterlassen des Kollationierens ein Verschulden des Absenders zu erblicken sei. Auch die übertriebene, einseitig erklärungstheoretische Begründung findet ihre Ablehnung, da sie im Gesetz nirgends eine Stütze finde, zudem aber auch nicht den Bedürfnissen des Verkehrs entspreche. Dagegen sei das Willensdogma begründet. In seinen Gründen geht das Reichsgericht weiter auf die Theorie ein, die die Haftung für die unrichtige Übermittlung aus einem stillschweigend abgeschlossenen Garantievertrag herleiten will und verwirft sie, da „die Annahme eines solchen Nebenvertrages neben einem überhaupt nicht zustande gekommenen Hauptvertrage künstlich sei" und zumeist der Absender auch den Abschluß eines solchen Garantievertrages gar nicht gewollt habe; es verwirft weiter die Ansicht, daß als Haftungsgrund die bona fides angesehen werden könne, geht auf den deutschrechtlichen Veranlassungsgrundsatz ein und lehnt auch diesen ab, da eine gesetzliche Geltung dieses Grundsatzes nicht angenommen werden könne und begründet schließlich selbst die Haftung auf Artikel 278/279 a. Handelsgesetzbuch, indem es — nicht

[37]) Entscheidung vom 20. Okt. 1873, abgedruckt in Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 116 S. 172. Die von dem Reichsgericht in Bd. 28 S. 17 ff. zitierte Entscheidung des O.A.G. ist an der betr. Stelle nicht auffindbar.

[38]) S. RG. in Z. S. Bd. 28 S. 16 ff.

unbedenklich — eine stillschweigende WE. des Inhaltes unterstellt, daß der Absender dem Empfänger die auf Grund der falschen E. gemachten Aufwendungen ersetzen werde [39]).

Dieses Urteil des Reichsgerichtes kann als der Abschluß der gemeinrechtlichen Entwicklung in der Frage der unrichtigen Übermittlung angesehen werden. Was nachher folgt, spielt schon in die Entstehungsgeschichte des heutigen § 120 hinein und soll im Zusammenhang mit Einzelfragen an anderer Stelle erörtert werden.

IV.

Als Ergebnis können wir somit feststellen:

1. Keine gesetzliche Regelung.
2. Die Haftung des Absenders für den durch die unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden wurde aber ganz überwiegend sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Rechtslehre bejaht.
3. Keine Vertragshaftung, da ein Vertrag wegen mangelnder Willensübereinstimmung in diesen Fällen nicht zustande gekommen ist.
4. Als Haftungsgründe haben sich aber weder Jherings culpa in contrahendo noch der deutschrechtliche Grundsatz der Veranlassung noch andere Theorien (Mandats-, Aneignungstheorie) durchzusetzen vermocht. Doch ist ein langsames Vordringen des deutschrechtlichen Veranlassungsgrundsatzes zuungunsten des römischrechtlichen Verschuldungsgrundsatzes festzustellen.

D. Partikularrecht.

Ebenso wie im gemeinen Recht fehlt auch in den Landesrechten jede gesetzliche Bestimmung über das Einstehenmüssen für den durch eine unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden. Selbst das in seiner Kasuistik wohl einzig dastehende Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 läßt eine nähere Bestimmung vermissen; das ist zugleich aber auch wieder ein Beweis dafür, daß diese Fragen in damaliger Zeit nur von ganz geringer Bedeutung gewesen sein können. Wir finden zwar das Wort „Bote" in den §§ 99, 100 des V. Titels Teil I, aber in einem anderen uns hier nicht interessierenden Zusammenhange. (Zeitdauer der Bindung des Antragenden bei schriftlichem Antrage durch eigne Boten.) Schiller [40]) und dem folgend auch Brinkmann [41]) glauben aus § 50, Titel IV, Teil I entnehmen zu können, daß der Absender eines Boten oder Telegrammes nur im Falle eignen Verschuldens für den durch die unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden aufzukommen habe. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Ganz abgesehen davon, daß die in Frage kommende Vorschrift nur die Haftung aus unerlaubten Handlungen regelt, sagt sie auch nichts darüber aus, wie es in den Fällen ist, wo die Ausrichtung des Auftrages an sich schon fehlerhaft und hierdurch der Schaden entstanden ist. Es heißt in § 50 nicht: der Schaden, der durch die Ausrichtung, sondern bei der Ausrichtung verursacht worden ist, ist von dem Auftraggeber nicht zu ersetzen.

Auch in den übrigen deutschen und z. T. ausländischen Gesetzgebungen finden wir keine dem heutigen § 120 entsprechende Bestimmung [42]).

---

[39]) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bringt Mittermaier a. a. O. S. 30 ff.

[40]) a. a. O. S. 86.

[41]) a. a. O. S. 18.

[42]) Für das österreichische Recht s. Wlassak a. a. O. S. 74 Anm. 4. S. auch Brinkmann a. a. O. S. 98.

§ 3.

Geschichte des Rechtes der zur Übermittlung verwendeten Organe. Haftungsgrundsätze.

Von der Übermittlung einer We. kann nur da gesprochen werden, wo der Rechtsfolgewille nicht unmittelbar gegenüber dem E.-Empfänger, sondern mittelbar durch Verwendung von menschlichen oder mechanischen Hilfskräften erklärt wird. Somit setzt jede Übermittlung die Verwendung eines Übermittlungsorganes voraus. Es ist daher zum Verständnis der Streitfragen in § 120 erforderlich, auch auf die Rechtsstellung dieser Organe näher einzugehen, um so mehr aber, als das BGB. jede Begriffsbestimmung des Boten oder der Anstalt vermissen läßt. § 120 unterscheidet lediglich zwischen den zur Übermittlung verwendeten Personen und Anstalten; erstere pflegt man in der Wissenschaft und Praxis gemeinhin als Boten zu bezeichnen. Auch hier ist ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung dieser Organe für ihre rechtliche Behandlung nur fördernd. Dabei wird es nötig sein, auch auf den Begriff des Stellvertreters einzugehen, um die nicht immer klare und sich erst im Laufe einer langen geschichtlichen Entwicklung herausgebildete Abgrenzung zwischen ihm und dem Boten klarzustellen.

A. Römisches Recht.

I.

In den Quellen des römischen Rechts findet sich keine Legaldefinition des Boten, doch geht aus zahlreichen Stellen hervor, daß der „nuntius" den Römern wenn auch noch nicht als logischer, so doch als empirischer Begriff bekannt gewesen ist [43]). Aus der stets wiederkehrenden Gleichstellung des nuntius mit der epistulae und den literis kann weiter geschlossen werden, daß der nuntius auch im römischen Recht nur ein rein mechanisches, unselbständiges E.-Mittel darstellte, dem keinerlei Einfluß auf die Gestaltung des Rg. gegeben war. So heißt es z. B. in D. 17. 1. 1. § 1 (mand. vel contra): „Ideo per nuntium puoque vel per epistulam mandatum suscipi potest" und an einer anderen Stelle [44]): „In sponsalibus constituendis parvi refert, per se coram an per internuntium vel per epistulam an per alium hoc factum est". Aus der letzteren Stelle kann für die Rechtsstellung des Boten noch zweierlei entnommen werden. Einmal, daß die Vertragswirkungen auch bei einem Rg. durch Boten nur in der Person des Geschäftsherrn selbst eintreten; das ergibt sich schon aus dem Wesen des Verlöbnisses, zum anderen aber, daß hier der nuntius (vel epistula) bewußt einem anderen, dem „alius" gegenübergestellt wird. Diese Gegenüberstellung ist nur so zu verstehen, daß eben auch nach römischem Recht der Bote nur ein willenloses E.-Werkzeug, der alius dagegen ein selbständig handelndes Organ gewesen sein muß. Ob man in dem alius aber einen Stellvertreter in unserem heutigen Sinne erblicken kann, wie es Hellmann [45]), Mitteis [46]), Aßmann [47]) und Brinkmann [48]) tun, mag dahingestellt

[43]) z. B. in D. 2. 14. 2 pr. (de pactis), D. 23. 1. 18. (de sponsalibus) u. a. m. Ausführlich s. Schloßmann a. a. O. Bd. 1 S. 315 Anm. 1.

[44]) D. 23. 1. 18. (de sponsalibus).

[45]) Stellvertretung in Rg. a. a. O. S. 54.

[46]) a. a. O. S. 132 ff.

[47]) a. a. O. S. 6.

[48]) a. a. O. S. 4/5.

bleiben. Es sei hier nur auf die gegenteilige, allerdings etwas unwahrscheinliche Annahme von Schloßmann [49]) hingewiesen, der nachzuweisen versucht, daß es sich bei Nennung des alius neben dem nuntius lediglich um Personen verschiedener sozialer Schichten handele, daß der nuntius eine nur untergeordnete Person, der alius dagegen ein Freund oder Verwandter gewesen sei. Es kann aber nicht der Ansicht von Kern [50]) beigetreten werden, der es für verfehlt hält, an Hand dieser und anderer Quellenstellen in dem nuntius des römischen Rechts eine Analogie unseres heutigen Boten zu finden. Seine Beweisführung dahin, daß für die Römer ein praktisches Bedürfnis für die Ausbildung dieses Institutes nicht bestanden habe, der Begriff des Boten sich aber auch wegen des Fehlens des gegensätzlichen Stellvertreterbegriffes nicht habe entwickeln können, ist wenig überzeugend. Wenn auch zugegeben werden muß, daß dem nuntius neben den Hauskindern und Sklaven nur eine geringe Bedeutung zukam, so findet er doch in den Quellen viel zu oft Erwähnung, als daß man seine Existenz einfach wegleugnen könnte. Eine unmittelbare Stellvertretung durch Freie, so wie wir sie heute kennen, nämlich Abgabe einer We. im Namen eines anderen mit Wirkung für und gegen den anderen, war dem römischen Recht allerdings unbekannt. Der Rechtssatz: „Per liberam personam nihil nobis adquiri potest“ [51]) hat mit einigen Ausnahmen, die das prätorische Recht in der späteren Entwicklung geschaffen hat, immer gegolten. Aber gerade deshalb wird man eher geneigt sein, in dem nuntius des römischen Rechts lediglich ein Hilfsorgan beim Abschluß von Geschäften zu erblicken. Die Vertretung durch Hauskinder und Sklaven war keine Vertretung im rechtlichen Sinne, da es auf den W. dieser Personen nicht ankam. Erst unter dem Einfluß des ius gentium wurde in einzelnen Fällen [52]) eine Stellvertretung zugelassen. Im Schuldrecht aber hielt man an dem Grundsatz des persönlichen Vertragsabschlusses fest [53]).

Übermittlungen von We. durch Anstalten kannte das römische Recht nicht. Brinkmann [54]) erwähnt den sog. cursus publicus, eine Post des Kaiserreiches, die aber nur zu amtlichen Zwecken diente und Privatpersonen nicht zugänglich war.

II.

Ebensowenig wie die Haftung des Absenders für den durch die unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden in den Quellen gesetzlich geregelt war, fehlte auch jede nähere Bestimmung für die Haftung des falsch übermittelnden Boten. Dies galt auch für den Fall, daß der nuntius als procurator auftrat oder umgekehrt [55]). Nur beim Vorliegen eines Mandatsvertrages haftete der nuntius bei doloser Ausrichtung der Botschaft gegenüber dem Geschäftsherrn [56]). Gegenüber dem Dritten kam eine vertragliche Haftung des nuntius schon deshalb nicht in Betracht, da das von ihm Erklärte nicht auf seinem eigenen W. beruhte, sondern sich als die E. seines Auftraggebers darstellte. Zwischen dem Absender und dem Empfänger der E. war aber, wie schon oben erwähnt, im Falle der unrichtigen

---

[49]) Die Lehre v. d. Stellvertr. a. a. O. Bd. 1 S. 317 ff. Ähnlich auch Rosenberg a. a. O. § 5 S. 188.

[50]) a. a. O. S. 3.

[51]) D. 45. 1. 1. 126. § 2. s. auch C. 4. 27. 1 pr.

[52]) z. B. beim Eigentums- und Besitzerwerb, vgl. D. 41. 1. 20. § 2 (de acquir. rer. dom.), aber auch beim Pfandrechtserwerb s. D. 13. 7. 11. § 6 (de pign.).

[53]) Sohm a. a. O. § 45 S. 243 ff.

[54]) a. a. O. S. 5.

[55]) Aßmann a. a. O. S. 10, Brinkmann a. a. O. S. 5.

[56]) S. Jher. Jhb. Bd. 1 S. 281.

Übermittlung ein Vertrag wegen mangelnder Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen.

B. Germanisches und Gemeines Recht.

Die Fortbildung des römischen Rechts durch die Glossatoren und Postglossatoren hielt an dem Begriff des Boten als eines lediglich passiven Hilfswerkzeuges fest [57]). Die Grenzziehung gegenüber dem Stellvertreter blieb aber zunächst noch unklar und unsicher. Das hängt vor allem damit zusammen, daß auch die Glossatoren nur in Ausnahmefällen eine Stellvertretung zuließen, grundsätzlich aber, wie ja auch ihr Vorbild, das römische Recht, jeder Ausdehnung der Stellvertretung ablehnend gegenüberstanden. Das änderte sich erst im Ausgange des Mittelalters unter dem Einfluß des germanischen Rechts.

Auch in diesem Recht treffen wir den Boten an. Seine Bedeutung war, wie insbesondere Karl v. Amira in seinem grundlegenden Werk „Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik" nachgewiesen hat [58]), eine recht erhebliche. Der Bote trug als äußerlich sichtbares Zeichen seiner Boteneigenschaft einen Stab, den er von dem Absender als Wahrzeichen seiner Vollmacht überreicht erhielt [59]). Durch die Annahme des Stabes verpflichtete er sich, den erhaltenen Auftrag auszuführen. Der Stab war also ursprünglich Wahrzeichen des Gebotes, wonach der Bote ja auch seinen Namen führt. Der Bote entledigte sich seines Auftrages, indem er dem Empfänger die Mitteilung überbrachte und ihm gleichzeitig zum Zeichen der Beendigung seiner Botenmacht den mitgegebenen Stab überreichte. Bei der Übermittlung besonderer Botschaften z. B. der Botschaft eines Unterhändlers wurde die Boteneigenschaft, um ihn vor Kriegsgefahren zu schützen, durch einen Laub- oder Blumenkranz offenkundig gemacht [60]). Überbrachte der Unterhändler eine schriftliche Mitteilung, so klemmte er das Schriftstück in das obere Ende des aufrecht getragenen Botenstabes, was gleichfalls dem Schutz des Boten diente. Aber auch beim Abschluß von Rg. war der Bote tätig. Die Formenstrenge des älteren Deutschen Rechts und die bei Nichtbeachtung derselben zu erwartenden Nachteile brachten es mit sich, daß die Vertragsparteien durch neben oder vor ihnen stehende geschäftskundige Männer ihr Wort führen ließen, was unbeschadet des Grundsatzes vom persönlichen Handeln zulässig war, denn der Vorsprecher erschien nicht als Stellvertreter, sondern lediglich als Bote der Partei [61]).

Im übrigen galt auch im germanischen Recht ursprünglich der Grundsatz, daß jeder Freie seine rechtlichen Angelegenheiten selbst besorgen müsse; aber im Gegensatz zum römischen Recht bildete sich in der deutschen Rechtsübung das Institut der Stellvertretung sehr frühzeitig aus. Allerdings wird man den Treuhänder oder Salmann, dem z. B. durch Vergabung von Todeswegen Eigentum an den Nachlaßgegenständen übertragen wurde, mit denen er nach dem W. des Erblassers pflichtgetreu zu verfahren hatte [62]), und auch das im mittelalterlichen Handelsverkehr entwickelte Institut des Kommissionärs, dem Waren zum Verkauf an fremden Plätzen übergeben wurden, noch nicht als direkte, offene Vertretung ansehen können, da diese Personen im eignen Namen auftraten und auch handel-

---

[57]) Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung des Begriffes gibt Buchka a. a. O. S. 121—141.

[58]) Aufsatz in Abhandlungen der Königl. Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Philos.-philol.-hist. Klasse) Bd. 25 S. 1 ff.

[59]) a. a. O. S. 23, 29 ff.

[60]) a. a. O. S. 31, 32.

[61]) K. v. Amira, Grundriß des germ. Rechts, a. a. O. S. 222.

[62]) S. Planitz a. a. O. § 12.

ten. Aber schon im späten Mittelalter ging man mehr und mehr dazu über, nachdem sich in fortschreitender Entwicklung zunächst die Vertretung des Muntherrn zu einer vormundschaftlichen Stellvertretung umgestaltet hatte, auch im Handelsverkehr Hausangehörige und Hausangestellte als offene Vertreter zu bevollmächtigen [63]). Die Rezeption des römischen Rechts vermochte diese Entwicklung nicht zu hemmen; es machte sich hier vielmehr bald das Streben bemerkbar, bei der Auslegung der römischen Quellen die von der Stellvertretung handelnden Stellen im Sinne einer direkten Vertretung umzudeuten [64]). In den neueren Gesetzbüchern treffen wir daher fast überall das Institut der Stellvertretung, so im Preußischen Allgemeinen Landrecht in den §§ 85, 153, Titel 13, Teil I (I. 13. §§ 5—227), im Bayerischen Landrecht im § 7, 9. Kapitel, Teil IV (IV. 9. § 7), im Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten usw. Auch im gemeinen Recht setzte sich die allgemeine Stellvertretung durch [65]).

I.

Erst jetzt, nachdem sich einerseits der Begriff der direkten Stellvertretung herausgebildet hatte, auf der anderen Seite aber auch der Bote eine immer zunehmendere Bedeutung erlangte, finden wir systematische Erörterungen über die Wesensverschiedenheit beider Institute.

Allgemein betrachtete man auch im gemeinen Recht den Boten als ein willenloses E.-Werkzeug, den Vertreter dagegen als ein selbständig handelndes Organ, dessen W. das Geschäft allein bestimmt. Doch bestand in der damaligen Rechtslehre über die Abgrenzung beider Begriffe heftiger Streit. Eine feste Begriffsbestimmung des Boten fehlte, und so kam es, daß der Begriff des Boten bald weiter, bald enger gefaßt wurde. Ja, man ging sogar so weit, jeden begrifflichen Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter zu leugnen; Bote und Stellvertreter seien nicht der Gattung, sondern nur dem Grade nach verschieden.

Diese Theorie, die man in der Wissenschaft als die Selbsthandelns- oder Geschäftsherrntheorie zu bezeichnen pflegt, ist von Savigny aufgestellt und vertreten worden [66]). Savigny gibt zwar zu, daß der Bote ein völlig bewußtloses Organ sein könne (so ja auch die h. M.), fährt aber sogleich fort, daß dies der Bote keineswegs zu sein brauche. An Hand von Beispielen versucht er zu zeigen, daß es stets der Vertretene selbst sei, der den rechtsgeschäftlichen W. hervorbringe; sowohl der Bote als auch der Stellvertreter seien beide nur Träger dieses ihnen fremden Willens. Es sei daher gleichgültig, ob die Mittelsperson einen formulierten W. überbringe oder ob sie unter mehreren We. frei wählen könne. Für eine Grenzziehung fehle ein innerer Grund; bei der Mannigfaltigkeit der ineinander übergehenden Tatbestände sei eine Unterscheidung unmöglich. Nach Savigny sind also Bote und Stellvertreter nicht der Gattung, sondern nur dem Grade nach verschieden; der Bote erscheint ihm als ein verkümmerter Stellvertreter mit einer auf das äußerste spezialisierten Vollmacht, der Stellvertreter dagegen als ein flügge gewordener Bote [67]), oder wie es Mitteis [68]) noch anschaulicher ausdrückt: Der Bote sei die unterste Sprosse der großen Stellvertreterskala, der Generalbevollmächtigte deren oberste Sprosse. Der allein juristisch Handelnde ist also stets der Vertretene. Dieser Ansicht schlossen sich andere Schriftsteller an, so unter anderen

---

[63]) Planitz a. a. O., Gierke a. a. O. Bd. 1 S. 297 ff.

[64]) Dernburg a. a. O. B. R. § 160 S. 468.

[65]) Näheres s. Buchka S. 158.

[66]) a. a. O. Bd. 2 S. 54 ff.

[67]) So Fleck a. a. O. S. 339.

[68]) a. a. O. S. 129.

Behrend[69]), Ruhstrat[70]) und auch Hellmann[71]). Hellmanns Lehre steht insofern der von Savignys sehr nahe, als auch sie den Stellvertreter nur als Gehilfen der We., als ein W.-äußerungsorgan, wenngleich auch höherer Art bezeichnet. Ein Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter besteht nach Hellmann nur darin, daß ersterer lediglich Worte mitteile und damit seine Tätigkeit geschlossen sei, während der Vertreter als Spezialbevollmächtigter volles Bewußtsein von dem rechtlichen Vorgange haben müsse. Auch Mitteis[72]) stimmt insoweit mit Savigny überein, daß er ' en Boten nur als eine besondere Spezies des allgemeinen Genus „Stellvertreter in Rechtsgeschäften" auffaßt. Der Bote erscheint nach ihm als das scharf zu markierende Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmenderer Bedeutung. „Deswegen liegt er aber noch nicht außerhalb der Reihe. Generisch bleibt der Bote Stellvertreter." Andererseits kommt aber Mitteis auch der h. M. des gemeinen Rechts schon sehr nahe, wenn er weiter ausführt, daß beim Boten der W. des Vertreters auf Null reduziert sei.

Diese Selbsthandelnstheorie hat, wie später noch zu zeigen sein wird, auch auf der Grundlage des BGB. in Schloßmann und Rosenberg ihre Anhänger gefunden.

Im Gegensatz dazu bejahte aber die durchaus überwiegende Rechtslehre des gemeinen Rechts eine begriffliche und damit rechtserhebliche Unterscheidung zwischen dem Boten und dem Stellvertreter. Nach ihr ist der Bote von dem Stellvertreter nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden; der Bote ist nur Überbringer einer E., Erklärungsmittler; man vergleicht ihn mit dem Munde, einem redenden Briefe, einem Vertreter in der E.; dagegen ist der Stellvertreter ein Vertreter im W., der eigentliche Willenserzeuger, der die E. als seine eigne abgibt. Man erkannte, daß es doch etwas ganz anderes sei, ob man selbst eine E. abgebe oder nur eine fremde E. übermittle; man wies nach, daß das römische Recht schon einen Unterschied zwischen dem nuntius und dem alius gemacht habe, und man zeigte, daß die Glossatoren[73]), Postglossatoren[74]) und auch die Wissenschaft der nachfolgenden Jahrhunderte einen solchen begrifflichen Unterschied gemacht hatten. Bahnbrechend war hier die Schrift Buchkas[75]) über die Stellvertretung, in der er gegenüber der Selbsthandelnstheorie von Savigny die noch heute geltende Repräsentationstheorie begründete. Buchka macht einen scharfen Unterschied: Den nuntius bezeichnet er als das Werkzeug des Prinzipals, „das nicht selbst als juristisch handelnd aufgefaßt werden dürfe; der Vertreter dagegen sei nicht bloßes Organ, der nur einen fremden W. überbringe, sondern er vollziehe die juristische Handlung des Vertragsabschlusses selbst". Die Lehre Buchkas wurde schnell zur herrschenden des gemeinen Rechts. Als Anhänger seien insbesondere genannt: Jhering[76]), Windscheid[77]), Laband[78]), Schliemann[79]), Zimmermann[80]), Vangerow[81]), Wächter und andere.

Wenn diese Schriftsteller auch eine begriffliche Unterscheidung bejahten, so

---

69) a. a. O. Bd. 1 S. 343.
70) Über Savignys Lehre von der Stellvertretung, 1854 S. 42.
71) Stellvertretung a. a. O. S. 19/20.
72) a. a. O. S. 131. S. dazu Kolping S. 8, Kern S. 4.
73) Azo und Accursius.
74) Odofredus, Duarenus, angeführt nach Buchka a. a. O. S. 122—136.
75) S. Angabe im Schrifttum, insbes. S. 205/6.
76) a. a. O. Jher. Jhb. Bd. 1 S. 277—89.
77) a. a. O. Bd. 1 S. 346/7 Anm. 2.
78) a. a. O. S. 189 ff.
79) a. a. O. S. 21.
80) a. a. O. S. 16.
81) a. a. O. § 109, S. 165 ff.

bestanden zwischen ihnen aber wiederum erhebliche Meinungsverschiedenheiten, welche Merkmale nun im Einzelfall für die Unterscheidung maßgebend sein sollten.

So versucht Jhering [82]) den Boten von dem Stellvertreter dadurch abzugrenzen, daß er bei nur tatsächlicher Beihilfe beim Abschluß eines Rg. Botenschaft, bei juristischer Beihilfe dagegen Stellvertretung annimmt. Er führt aus, daß regelmäßig bei einer juristischen Handlung eine Verbindung von spezifisch juristischen und nichtjuristischen, rein faktischen Elementen zu beobachten sei. Die Funktion des Boten sei die Dienstleistung eines Sprachrohres, durch das die Parteien miteinander kommunizieren und selbst den Vertrag abschließen [83]); der Bote sei daher nichts weiter als ein kommunikatives Instrument und bleibe als solcher dem Rg. fremd. Gegen diese Abgrenzung wurde aber mit Recht geltend gemacht, daß mit der Unterscheidung in faktische (Bote) und juristische Beihilfe (Stellvertreter) nicht viel gewonnen ist, denn ob im Einzelfall ein faktisches oder juristisches Element einer Handlung vorliegt, kann sehr oft zweifelhaft sein. Außerdem geht es nicht an, jede physische Mitwirkung beim Abschluß eines Rg. als Botenschaft aufzufassen. Man denke nur an Fälle, wo die Hilfsperson rein tatsächliche Dienste leistet, wie z. B. die Tätigkeit eines Knechtes, der das zu verkaufende Pferd dem Käufer vorführt, und ähnliche tatsächliche Handlungen. In all diesen Fällen Botenschaft anzunehmen, hieße den Begriff des Boten verflüchtigen und damit wertlos machen. Jhering hat denn auch mit diesen Unterscheidungsmerkmalen in der Rechtslehre wenig Anklang gefunden.

Eine andere Ansicht vertreten Schliemann [84]) und R. Leonhard [85]). Sie glauben das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal darin gefunden zu haben, daß sie die Tätigkeit des Boten entweder nur auf ein Angebot oder nur auf eine Annahme bei einem Vertragsschlusse beschränken. Bote könne nur sein, wer dem Dritten entweder ein Vertragsangebot oder eine Annahme überbringe. Dagegen liege stets Stellvertretung vor, wenn die Zwischenperson den ganzen Vertrag selbst abschließe. Damit also jemand Bote sein könne, müsse der Geschäftsherr offeriert haben; werde durch einen Boten offeriert, so müsse der Herr selbst gegenüber dem Gegner akzeptieren. Aber auch diese rein äußerliche Unterscheidung vermag nicht zu befriedigen; sie ist zudem nicht zutreffend. Bereits R. Leonhard [86]) hat zugegeben, daß nicht immer derjenige, der ein Angebot abgibt, nur Bote zu sein braucht. Umgekehrt aber kommt es im Handelsverkehr häufig vor, daß eine von dem Prinzipal gemachte Offerte von dem Prokuristen angenommen wird. Sollte in diesem Fall der Prokurist wirklich nur Bote sein? Endlich sei noch erwähnt, daß diese Ansicht in ihrer folgerichtigen Durchführung auch zu einer Ablehnung der heute allgemein anerkannten Empfangsbotenschaft führen würde [87]).

Diese mehr quantitativen Abgrenzungsversuche von Jhering und Schliemann konnten nicht zum Ziele führen, da es auf das Maß der Tätigkeit der Mittelsperson nicht ankommen kann.

Hellmann [88]) hat auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und der Mittelsperson zurückgegriffen. Danach soll für die Entscheidung allein maßgebend sein, wie die Mittelsperson auftreten sollte. Das unterscheidende Merkmal glaubt also Hellmann im Innenverhältnis gefunden zu haben.

---

[82]) Mitwirkung f. fremde Rg. a. a. O. Bd. 1 S. 274 ff., ähnlich auch Sauerland a. a. O. S. 37.

[83]) a. a. O. S. 279.

[84]) a. a. O. S. 14 ff., 18 und 21.

[85]) Irrtum a. a. O. Bd. 1 S. 165. Ähnlich auch Curtius in Arch. f. zivil. Pr. Bd. 58 S. 73 ff..

[86]) Irrtum, Bd. 1 S. 161.

[87]) S. auch die Ablehnung dieser Lehre durch Fleck a. a. O. S. 342 ff..

[88]) Stellvertretung a. a. O. S. 9 ff.

Demgegenüber betonte eine andere Richtung des gemeinen Rechts das äußere Auftreten der Mittelsperson. Nicht darauf soll es ankommen, wie die Mittelsperson auftreten sollte, sondern wie sie tatsächlich gegenüber dem Dritten aufgetreten ist.

Ein näheres Eingehen auf die letzten beiden Ansichten und ihre Begründungen ist hier nicht zweckmäßig, da dieser Streit auch in das BGB. hinübergetragen worden ist und daher im Zusammenhang an anderer Stelle noch ausführlicher darzustellen sein wird. Nur soviel sei hier gesagt, daß das überwiegende Schrifttum des gemeinen Rechts die Abgrenzung im Einzelfall nach der Art des äußeren Auftretens gewonnen hat.

Somit können wir als Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung des Boten im gemeinen Recht feststellen:

1. Der Bote ist von dem Stellvertreter begrifflich, d. h. der Gattung nach unterschieden worden.
2. Als maßgebendes Unterscheidungsmerkmal im Einzelfall hat die damals h. M. das äußere Auftreten der Mittelsperson angesehen.

II.

Das BGB. hat den Boten der Anstalt gleichgestellt und damit eine gemeinrechtliche Streitfrage erledigt. Es war im gemeinen Recht nämlich zweifelhaft, ob man den Boten mit dem Telegraphen und anderen mechanischen Einrichtungen in ihren Wirkungen gleich zu behandeln habe. Letzteres wurde insbesondere von Reyscher [89]), Serafini [90]) und Mittermaier [91]) verneint mit der Begründung, daß bei der Verwendung des Boten der Absender stets in der Lage sei, denselben zu instruieren, ihn mit genauen Weisungen zu versehen und auch der E.-Empfänger durch Befragung des Boten etwaige Zweifel beheben könne. Zudem wähle der Absender den Boten selbst aus, während ihm bezüglich des Telegraphenbeamten jede Auswahlmöglichkeit genommen sei. Demgegenüber haben Busch [92]), Koch [93]), Köppen [94]), Mommsen [95]) und Schiller [96]) mit Recht darauf hingewiesen, daß sich die Tätigkeit des Telegraphenbeamten und damit die der Anstalt in keiner Weise von der des Boten unterscheide, da sie beide der Übermittlung einer We. vom Erklärenden zum Empfänger dienten; nur die Art und Weise der Übermittlung sei eine verschiedene; bei dem Boten erfolge sie durch eine menschliche Person, bei der Anstalt dagegen auf mechanischem Wege. Die Rechtsprechung hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen und die Telegrammverstümmlungen den unrichtigen Übermittlungen durch Boten gleichgestellt [97]).

III.

Eng im Zusammenhang mit den Fragen der unrichtigen Übermittlung stehen die Fragen der Haftung der Übermittlungsorgane. Gegenüber dem Absender der E. haftete der Bote im gemeinen Recht aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis. Danach konnte der Auftraggeber mit der actio mandati den durch

---

[89]) a. a. O. S. 293.
[90]) a. a. O. S. 56.
[91]) a. a. O. Bd. 46, S. 26.
[92]) a. a. O. S. 11.
[93]) Deutsches Eisenbahnrecht Abt. II S. 351 Anm. 3.
[94]) a. a. O. S. 386.
[95]) a. a. O. S. 125, Anm. 2.
[96]) a. a. O. S. 27.
[97]) S. Urteil des Landgerichts Köln (oben § 2 C I).

Verschulden des Boten erlittenen Schaden ersetzt verlangen. Im Falle der absichtlich falschen Übermittlung stand dem Auftraggeber die actio doli gegen den Boten zu.

Bestritten war auch schon im gemeinen Recht die Haftung des Boten gegenüber dem E.-Empfänger. Zwischen beiden bestehen keinerlei vertragliche Beziehungen; denn ein Vertrag ist nicht zustande gekommen, da der Bote sich lediglich als E.-Werkzeug eines fremden Willens darstellt, er also eine eigne E. gar nicht abgibt. Dies gilt auch dann, wenn der Bote die E. fahrlässig unrichtig übermittelt oder bewußt und absichtlich unter Überschreitung seines Botenauftrages eine andere E. überbringt. Denn der Bote bleibt stets Träger einer fremden E. und bringt dies auch dem Empfänger gegenüber zum Ausdruck. Daher hat auch die Ansicht von Mommsen [98]) und Busch [99]) im gemeinen Recht keinen Anklang gefunden. Mommsen will nämlich den Boten bei vorsätzlicher unrichtiger Übermittlung auch aus dem Vertrage haften lassen. Eben dadurch, daß der Bote bewußt eine andere E. abgebe, mache er sich selbst zur Vertragspartei, und gewissermaßen als Strafe erzeuge diese Überschreitung die Selbstverpflichtung. Busch glaubt dies sogar auf den fahrlässig unrichtig übermittelnden Boten anwenden zu können! Das Ergebnis wäre danach, daß der Auftraggeber gegenüber dem Dritten nicht, der Bote jedoch aus dem Vertrage verpflichtet wäre. Bemerkenswert ist die Tatsache, daß sich auch diese Streitfrage in das BGB. hinübergerettet hat, wo man heute in sinngemäßer Anwendung des § 179 zu einem ähnlichen Ergebnis zu kommen versucht.

Wenn auch die vorherrschende Rechtslehre des gemeinen Rechts dem E.-Empfänger gegenüber dem Boten keinerlei vertragliche Ansprüche einräumte, so war der Dritte doch nicht gänzlich schutzlos. In dem Fall der vorsätzlich unrichtigen Übermittlung der Botschaft stand ihm die actio doli auch unmittelbar gegen den Boten zu.

Auf die Haftung der Telegraphenanstalten einzugehen, erübrigt sich, da sämtliche Telegraphenverwaltungen von Anfang an durch Verordnungen die Haftung für Telegrammverstümmlungen ausgeschlossen haben. In der Theorie des gemeinen Rechts war die Gültigkeit dieser Verordnungen bestritten, die Rechtsprechung hat sie aber stets als gültig betrachtet [100]).

Endlich ist noch zu erwähnen, daß auch der Telegraphenbeamte mit der actio doli belangt werden konnte, wenn er vorsätzlich eine unrichtige Übermittlung herbeiführte.

---

98) a. a. O. S. 126.
99) a. a. O. S. 19.
100) S. Reyscher a. a. O. S. 469, 473.

II. Kapitel:

§ 120 und der Begriff der Willenserklärung.

Im 2. Kapitel des Allgemeinen Teiles soll der § 120 in seiner Stellung zu dem Begriff der We. untersucht werden. Es mag auf den ersten Blick zwar scheinen, als ob eine solche Untersuchung für die weitere Behandlung unseres Gegenstandes überflüssig wäre. Bei näherer Betrachtung aber zeigt sich, daß die Fragen des § 120 auf das engste mit den allgemeinen der We. zusammenhängen, so daß eine wissenschaftliche Bearbeitung ohne ein näheres Eingehen auf die letzteren keinen Erfolg versprechen dürfte. Schon die Tatsache, daß der § 120 als Gegenstand der Übermittlung eine „We." bezeichnet, würde eine nähere Untersuchung dieses heute noch stark umstrittenen Begriffes rechtfertigen. Dazu kommt aber weiter, daß ohne die begrifflich richtige Erfassung der We. eine theoretische Konstruktion der Übermittlung unmöglich ist. Ferner sind die Fragen der Auslegung, des Zugangs, der Anfechtung und endlich die für diese Bearbeitung so wichtigen der Zurechnung durch den Begriff der We. derartig bedingt, daß eine Loslösung von ihm einer jeden wissenschaftlichen Behandlung der Probleme der unrichtigen Übermittlung die Grundlage entziehen würde. Zwar wäre ein Eingehen auf diese Fragen nicht erforderlich, wenn der gesetzlich nicht bestimmte Begriff der We. in der Rechtslehre und Rechtsprechung durchaus feststünde. Letzteres ist aber nicht der Fall.

Das Schrifttum hat seit der Schaffung des BGB. an der begrifflichen Erfassung der We. gearbeitet. Angefangen mit dem Werke von H. Isay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, Jena 1899, bis zu dem neusten Aufsatz von Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 Seite 1 ff.: Das System der juristischen Handlungen im neusten Schrifttum, Jena 1933, finden wir eine Reihe größerer Abhandlungen über den Begriff der We. und der damit zusammenhängenden Fragen. Dieses Schrifttum hat sehr viel zur Klärung beigetragen und den vermeintlichen Gegensatz zwischen der sog. Erklärungs- und Willenstheorie immer mehr beseitigt; es hat aber vor allem auch gezeigt, wie grundlegend und bedeutungsvoll für alle Einzelfragen des Bürgerlichen Rechts die richtige Erfassung der We. ist, die nicht nur in den §§ 116 ff. zum Ausdruck kommt, sondern auch die §§ 130, 133, 157 und 155 beherrscht. Eine Lehre vom Irrtum, der Auslegung, dem Zugang usw. kann heute nicht mehr dargestellt werden, ohne daß auf den Begriff der We. und die auf ihr beruhende Zurechnung näher eingegangen wird.

Es kann natürlich nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein, den Begriff der We. ausführlich aus den gesetzlichen Bestimmungen abzuleiten und zu entwickeln. Es muß hier auf die verdienstvollen, immer mehr zur Anerkennung gelangenden Arbeiten von Manigk verwiesen werden [1]). Aber es soll doch in kurzen Umrissen versucht werden, den hier verwendeten Begriff der We. im Gesetz zu begründen.

---

[1]) S. die Aufführung im Schrifttum.

§ 4.

Welche Begriffsmerkmale der We. ergeben sich aus § 120?

Das BGB. bringt den § 120 unter dem Titel der We. und behandelt in dieser Vorschrift den Fall, daß die We. von dem Erklärenden zwar richtig abgegeben, aber infolge irgendeines Geschehens dem Empfänger unrichtig übermittelt wird. Die Unrichtigkeit beruht also nicht wie in § 119 auf einem Irrtum des Erklärenden selbst, denn dieser gibt ja die E. gegenüber dem Übermittlungsorgan seinem Willen entsprechend ab, sondern auf dem Versagen des E.-Werkzeuges, das etwas anderes übermittelt, als ihm aufgetragen war. Die Unrichtigkeit vollzieht sich also auf dem Wege zum Empfänger. Wenn nun der § 120 diese falsch übermittelte Botschaft noch als die We. des Erklärenden betrachtet und ihm diese trotz der Unrichtigkeit zurechnet, so ist das nur so zu verstehen, daß die E. als Mitteilung an den Empfänger erst dann vollendet ist, wenn sie den Weg zum Mitteilungsgegner durchlaufen hat, mit a. W.: Die Übermittlung stellt sich in § 120 als zurechenbare E.-Handlung dar.

Diese Grundauffassung des § 120 muß vorangestellt werden, ehe auf die einzelnen Begriffsmerkmale, die sich aus ihm für die We. ergeben, eingegangen werden kann.

§ 120 spricht von einer We., die . . . . unrichtig übermittelt wird. Von einer Übermittlung kann aber nur da gesprochen werden, wo tatsächlich eine Mitteilung an einen anderen vorliegt. Eine E., die nicht mitteilungsfähig oder mitteilungsbedürftig ist, scheidet daher von vornherein für die Anwendung des § 120 aus. Wir gewinnen daher als erstes Begriffsmerkmal der We., daß sie notwendig Mitteilung an einen anderen sein muß. Diese Mitteilung, die zugleich Kundgabe des rechtsgeschäftlichen W. ist, muß geeignet und bestimmt sein, in den Rechtsbereich des Dritten einzugreifen. Die E.-Handlung kann dabei eine ganz verschiedene sein; sie kann sich einmal in der Weise vollziehen, daß der Erklärende unmittelbar dem Dritten seinen W. kundgibt, sei es durch ausdrückliche Zeichensetzung (Worte und andere beiden Parteien zugängliche Verständigungsmittel), sei es durch stillschweigende E.; hier ist der Weg zum Empfänger kurz und meist nur mit wenigen Schwierigkeiten verbunden, oder sie kann auch mittelbar in der Weise erfolgen, daß sie erst durch Verwendung von Hilfsorganen in den Wahrnehmungsbereich des Dritten gelangt. Bei dieser mittelbaren Kundgabe ist die Mitteilung manchen Zufälligkeiten ausgesetzt, die auf dem Versagen der Übermittlungsorgane beruhen. Die Mitteilung ist aber immer erst dann abgeschlossen, wenn sie von dem Erklärenden in den Wahrnehmungsbereich des Dritten gebracht worden ist; erst in diesem Augenblick vermag sie Rechtswirkungen zu erzeugen. Kommt sie bei dem Dritten entstellt an, so fällt die Fehlerhaftigkeit der E.-Handlung nicht ihm, sondern dem Erklärenden zur Last. Schulze [2]) weist mit Recht darauf hin, daß § 120 einen dem in § 130 ausgedrückten ähnlichen Gedanken enthält, daß die Gefahr der E. der Erklärende zu tragen hat, so lange sie sich in seinem Machtbereich befindet.

Jede Übermittlung setzt notwendig einen E.-Empfänger voraus. Das ist eigentlich selbstverständlich, und doch hat die Lehre von der We. diese in empfangsbedürftige (e.) und nichtempfangsbedürftige We. (ne.) eingeteilt und die Unterscheidung damit begründet, daß das Gesetz in den §§ 130, 116 Absatz II, 117, 122 und anderen Bestimmungen von We. rede, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind". Aber warum hat der Gesetzgeber diesen Zusatz „einem anderen

---

[2]) a. a. O. S. 54.

gegenüber" gerade in § 120 weggelassen, wo er doch gar nicht fortgedacht werden kann! § 120 setzt, ohne daß er es ausdrücklich sagt, eine sog. e. We. voraus.

Im Rahmen dieser Vorschrift gibt es weiter nur vorsätzliche, von dem Handlungswillen des Erklärenden getragene We. Eine fahrlässige „We." ist schon deshalb unmöglich, weil das Gesetz von der „Übermittlung" spricht, die Mitteilung an den E.-Gegner daher stets gewollt sein muß. Wer nicht den Willen zur Kundgebung hat, wird auch niemals einen Boten mit der Übermittlung der Kundgebung beauftragen. Daraus folgt weiter, daß die Übermittlung zum Zwecke der Kundgabe geschieht, denn eben gerade, um dem Gegner den rechtsgeschäftlichen Willen kundzutun, bedient sich der Erklärende des Boten oder der Anstalt. Aber der Kundgebungswille ist schon in der auf dem Handlungswillen beruhenden Mitteilung des Rechtsfolgewillens vorhanden, denn wer einem anderen schon etwas mitteilt, tut dies auch notwendig zum Zwecke der Kundgebung.

Nach den bisherigen Untersuchungen ergeben sich also folgende Merkmale der We. aus § 120:

a) Die We. ist Mitteilung an andere.
b) Sie ist empfangsbedürftig.
c) Sie kann nur vorsätzlich erfolgen.
d) Als Mitteilung dient sie notwendig zum Zwecke der Kundgabe.

Diesen Mitteilungs- oder Erklärungstatbestand können wir als die äußere Seite, als den Körper der We. bezeichnen. Wie uns § 120 zeigt, vermag dieser äußere E.-Tatbestand für sich allein schon Rechtswirkungen zu erzeugen, auch ohne daß er dem Rechtsfolgewillen des Erklärenden zu entsprechen braucht. Denn die unrichtig übermittelte E. stimmt mit dem wahren W. des Absenders nicht mehr überein und wird trotzdem ihm zunächst einmal zugerechnet. Aber diese Zurechnung ist keine endgültige, sondern nur eine vorläufige; sie beruht, das sei hier vorweggenommen, auf der Verantwortlichkeit des Erklärenden für den E.-Wert seiner Mitteilung. Der Gesetzgeber hat hier das Interesse des Dritten an der Gültigkeit der ihm zugänglich gemachten E. weitgehendst berücksichtigt, indem er trotz der Abirrung der E. eine vorläufige Zurechnung für den Absender eintreten läßt. Aber § 120 läßt zugleich erkennen, daß diese vorläufige Zurechnung nicht das Endziel der gesetzlichen Interessenwertung darstellt. Es folgt auf diese vorläufige noch eine endgültige Zurechnung, die dem Erklärenden gewisse Gegenrechte, mit denen er die vorläufige Zurechnungslage wieder beseitigen kann, gewährt. Das ist in § 120 das Recht der Anfechtung. Wird dieses Recht geltend gemacht, so stürzt der ganze bisher bestehende E.-Schein in sich zusammen, und es bleibt nur die in der Verantwortlichkeit begründete Ersatzpflicht nach § 122. Die Anfechtung ist aber nichts anderes als die Geltendmachung des wahren Rechtsfolgewillens des Erklärenden gegenüber dem unrichtigen E.-Tatbestand.

Der gesetzestechnische Aufbau in § 120 ist also folgender: Grundsätzlich wirkt die E. nur bei entsprechendem Rechtsfolgewillen; fehlt der letztere, so bleibt trotzdem der äußere E.-Tatbestand zunächst einmal bestehen und erzeugt Rechtswirkungen. Es ist dies aber nur ein Teiltatbestand, bei dem die Interessenwertung des Gesetzes nicht stehen bleibt; es kann dieser Teiltatbestand vielmehr durch Berufung auf das dem Tatbestand Fehlende, nämlich den Rechtsfolgewillen, aufgehoben werden, und zwar, worauf besonderes Gewicht zu legen ist, mit rückwirkender Kraft (§ 142 Absatz I).

Manigk [3]) bemerkt treffend, daß die §§ 119, 120 nur von dem übergeordneten Begriff der We. aus zu verstehen sind. Der § 120 zeigt, indem er einen Fall darstellt, wie die We. nicht beschaffen sein soll, daß neben der Mitteilung auch der Rechtsfolgewille im Tatbestande der We. von maßgeblicher Bedeutung ist. Die

---

[3]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 95/6.

Erklärung ist nur dann unanfechtbar wirksam, wenn sie richtig, d. h. dem wirklichen Willen entsprechend übermittelt wird.

Die Durchsetzung des Rechtsfolgewillens wirkt aber immer nur negativ, indem zwar der wirkliche W. den bestehenden E.-Tatbestand vernichtet, aber niemals positiv, da er an seine Stelle nicht die Gültigkeit des wahren Willens zu setzen vermag. Also weder die E. noch der Rechtsfolgewille allein machen den Begriff der We. aus, wie er sich aus § 120 entwickeln läßt; sie sind beide vielmehr die juristischen Tatsachen, aus denen sich der Gesamttatbestand der We. zusammensetzt. Gerade § 120 zeigt, wie der Tatbestand einer We. beschaffen sein muß, wenn er nicht der Anfechtung unterliegen soll. Eine reine E.-Theorie, die als allein wirksamen Bestandteil der We. die E. als solche ansieht und den Rechtsfolgewillen für den Begriff der We. als unmaßgeblich betrachtet, ist gemäß § 120 unhaltbar, da das Gesetz die Vernichtbarkeit jenes E.-Scheines vorsieht, also dem in der E. nicht zum Ausdruck gekommenen Rechtsfolgewillen zum Durchbruch verhilft.

Andererseits wird aber auch eine Willens-Theorie, die in ihrer extremsten Form etwa dahin lauten würde, daß jede wirksame E. so zu gelten habe, wie der Erklärende sie gewollt habe, verworfen, indem § 120 trotz des abweichenden inneren Willens eine vorläufige Gültigkeit bestimmt. Die Aufhebung derselben durch Anfechtung zieht zwar gewisse Schadensersatzpflichten nach sich, wirkt aber auch trotz der Anfechtung niemals positiv dahin, daß nunmehr der nicht erklärte innere W. Geltung beanspruchen könne, sondern stets nur aufhebend, indem das Gesetz die Nichtigkeit einer solchen We. bestimmt. Mit dieser Reglung hat das Gesetz selbst den Ausgleich zwischen der Willens- und Erklärungstheorie geschaffen.

Es lassen sich sonach in § 120 folgende begriffliche Merkmale der We. feststellen:

a) Die We. ist vorsätzliche, dem Kundgebungszweck dienende, empfangsbedürftige Mitteilung an andere.

b) Sie ist Mitteilung des Rechtsfolgewillens an andere, und dieser Rechtsfolgewille muß der Mitteilung auch zugrunde liegen, wenn sie nicht der Anfechtung ausgesetzt sein soll.

Diese beiden Begriffsmerkmale einer jeden We., die sich aus § 120 ergeben, müssen sich, falls sie richtig sein sollten, auch in den übrigen die We. betreffenden Bestimmungen des BGB. nachweisen lassen.

Bevor aber auf diese Aufgabe näher eingegangen werden kann, müssen zunächst einige Einwendungen widerlegt werden, die sich einmal gegen die hier angewandte methodische Gewinnung des Begriffes der We. aus § 120, zum anderen gegen das gewonnene Ergebnis selbst richten.

Es wird nämlich eingewendet [4]), daß die §§ 116 ff. und somit auch der § 120 pathologische Fälle einer We. behandeln, aus denen ihr Begriff nicht abgeleitet werden könne. Aber gerade diese Paragraphen zeigen, wie die We. nicht beschaffen sein darf, wenn sie volle rechtliche Wirkung erzeugen soll. Wir finden bei den mangelhaften We. der §§ 116 ff. eben das vom Begriff Abweichende. Dadurch wird notwendig der Begriff der We. offenbar, wie er dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat und von dem er bei allen die We. betreffenden Bestimmungen ausgegangen ist.

---

[4]) So insbesondere Titze. Artikel „Rechtsgeschäft" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 4 S. 657, 2 c: „Das darf aber den Blick nicht dafür trüben, daß wir es hier mit pathalogischen, atypischen Erscheinungen des Rechts zu tun haben, und es ist deshalb verkehrt, wenn man, wie in der Literatur geschehen ist, gerade aus ihnen Begriff und Wesen der Willenserklärungen abzuleiten versucht." S. daselbst auch S. 371.

Unberechtigt ist weiter der Einwand, daß der § 120 von einer We. rede, die unrichtig übermittelt worden sei, das Gesetz selbst also eine E., die dem wirklichen Rechtsfolgewillen nicht mehr entspreche, noch als We. bezeichne; daraus wurde dann weiter gefolgert, daß das Erfordernis des Rechtsfolgewillens nicht in den Begriff der We. aufzunehmen sei [5]). Diese Beweisführung, die auf den ersten Blick Eindruck macht, erweist sich aber bei näherer Betrachtung als unhaltbar. Ganz abgesehen davon, daß es nicht unsere Aufgabe sein kann, die Wortbedeutung des Terminus „We." im Gesetz festzustellen, sondern es uns darauf ankommt, den Tatbestand der We. zu finden, an welchen das Gesetz die vollen rechtlichen Wirkungen knüpft, ist auch das Wort „We." in § 120 eben durch den einschränkenden Zusatz „unrichtig übermittelt" in seiner eigentlichen Bedeutung abgewandelt worden. Ebenso wie man einen toten Menschen noch als Menschen bezeichnet und selbst noch von einem abgebrochenen Haus spricht, so bezeichnet auch der Gesetzgeber in § 120 die unrichtig übermittelte We. noch als We., trotzdem sie begrifflich eine solche nicht mehr darstellt [6]). Das ist lediglich Sprachvereinfachung. Daraus Schlüsse auf den Begriff der We. herleiten zu wollen, ist abwegig. Zeigt doch gerade § 120, daß es auf den Inhalt der unrichtig übermittelten We. sehr wohl ankommt, denn bei abweichendem Rechtsfolgewillen wird die Anfechtbarkeit bestimmt und so dem fehlenden Inhalt Rechtswirksamkeit, wenn auch nur mit negativer Wirkung zugesprochen.

Endlich muß noch einer der häufigsten Einwände gegen die hier vertretene Auffassung des § 120 widerlegt werden. Danz [7]) und ihm folgend eine Reihe anderer Schriftsteller [8]) behaupten, daß sich gerade aus den §§ 119, 120 mit „logischer Notwendigkeit" ergebe, daß nur die E. und nicht der innere W., der in ihr keinen Ausdruck gefunden habe, für den Begriff der We. rechtlich bedeutsam sei. Denn das Gesetz erkläre ja trotz des Fehlens des Rechtsfolgewillens die E. für voll gültig, und es bedürfe eines neuen Aktes, nämlich der Anfechtung, um diese Gültigkeit wieder zu beseitigen [9]). Auch das greift nicht durch. Wie schon oben dargelegt wurde, ist die Zurechnung des äußeren E.-Tatbestandes hier nur eine vorläufige, keine endgültige. Das Gesetz kommt dem Bedürfnis des Vertrauens- und Verkehrsschutzes weit entgegen, indem es an diesen E.-Schein Rechtswirkungen anknüpft. Aber die vom Gesetz zugelassene Anfechtung zeigt gerade, daß es bei dieser vorläufigen Interessenwertung nicht stehen bleibt, sondern die Vernichtbarkeit dieses E.-Tatbestandes durch Geltendmachung des wirklichen Rechtsfolgewillens ermöglicht. Es ist daher auch nicht richtig, daß das Rg. von Anfang an voll gültig sei und nicht erst durch Versäumung der Anfechtung wirksam werde. Manigk [10]) weist mit Recht darauf hin, daß in § 120 nicht die Gültigkeit der We., was ja überflüssig wäre, sondern gerade deren Anfechtbarkeit bestimmt wird. Das anfechtbare Rg. ist ein mangelhafter Tatbestand; infolgedessen ist es auch nicht zutreffend, wenn ohne Zusammenhang mit jenem Tatbestand in der Anfechtung nur ein neuer Tatbestand erblickt wird [11]).

Das Gesetz hat in § 120 die Anfechtbarkeit angeordnet, um den praktischen

---

[5]) Schloßmann in We. und Rg. a. a. O. S. 16, 20 wendet sich insbesondere auch gegen die hier angewandte Methode. S. 18 Anm. 2.

[6]) So Manigk in I. und A. S. 65/66.

[7]) a. a. O. S. 23 ff., und 27. S. auch Aufsatz desselben in Deutsche Jur. Zeitung 1906, S. 1277 ff.

[8]) a. a. O. Bd. 6 S. 464. Binder.

[9]) Ähnlich auch die Lehre von dem sog. Mindesttatbestand der We., Hildebrandt, a. a. O. S. 195.

[10]) We. u. Wg. a. a. O. S. 171.

[11]) Binder a. a. O. Bd. 6 S. 464, Danz a. a. O. S. 23 ff., 27.

Bedürfnissen des Verkehrslebens zu genügen. Noch der I. Entwurf [12]) sah die Nichtigkeit der irrtümlichen bzw. unrichtig übermittelten We. vor; der II. Entwurf (§ 94) ersetzte zwar die Nichtigkeit durch die Anfechtbarkeit mit der Begründung, daß diese Regelung am besten der Sachlage entspreche, war sich dabei aber durchaus keines Bruches mit dem Willensdogma bewußt [13]). Auch in der Rechtslehre wird die Anfechtbarkeit als eine Art Nichtigkeit bezeichnet, so insbesondere Düringer-Hachenburg [14]), Enneccerus-Nipperdey [15]), Hölder [16]) und andere. Manigk [17]) sieht in ihr die Beschränkung der Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes auf den Anfechtungsberechtigten; gewiß mit Recht. Die Berufung auf den Mangel der unrichtig übermittelten E. sollte nicht jedem beliebigen Dritten offenstehen, sondern von der Entscheidung des Erklärenden selbst abhängig gemacht werden [18]). So kennzeichnet auch Herbert Meyer [19]) das Wesen der Anfechtung als die Geltendmachung des materiellen Rechts gegenüber dem Rechtsschein. Die Wirksamkeit der E. in § 120 ist daher nur eine scheinbare, die auf ihr beruhende Zurechnung nur eine vorläufige. Darauf aber den Begriff der We. aufbauen, hieße einen Teiltatbestand mit ihm nicht zukommenden Rechtswirkungen ausstatten [20]).

Der Annahme, daß die Anfechtung einen durchaus neuen Tatbestand darstelle, widerspricht auch der § 142, der die Nichtigkeit der angefochtenen E. mit rückwirkender Kraft anordnet und damit zu erkennen gibt, daß der alte Tatbestand der E. von Anfang an mit einem Mangel behaftet ist. Das ist aber für unsere Frage das Entscheidende. Wenn ferner die anfechtbare We. sogleich *wirksam* wäre, wozu bedürfte es dann noch einer Bestätigung nach § 144! [21]) Endlich mag nicht unerwähnt bleiben, daß selbst ein Erklärungstheoretiker wie Schloßmann [22]) die §§ 119, 120 im Sinne einer Willenstheorie auslegt.

Diese Einwendungen vermögen daher unser oben gewonnenes Ergebnis nicht zu entkräften, wonach sich für den Tatbestand der We. aus § 120 zweierlei ergibt: Die Mitteilung des Rechtsfolgewillens an andere und der wirkliche, der Mitteilung entsprechende Rechtsfolgewille.

§ 5.

Rechtfertigung des aus § 120 gewonnenen Begriffes der We..

A. Allgemeines.

Dieser aus § 120 gewonnene Begriff muß, falls er richtig ist, auch den anderen die We. betreffenden allgemeinen Bestimmungen zugrunde liegen und sich aus ihnen ebenfalls ableiten lassen. Ist das der Fall, so haben wir den gesetzlichen Begriff der We., d. h. den Begriff gefunden, den das Gesetz zwar nirgends be-

---

[12]) § 101 a. a. O. S. dazu Manigk I. u. A. S. 73 ff.
[13]) Protokolle Bd. 1 S. 105/106.
[14]) a. a. O. Bd. 4 S. 106, Anm. 133.
[15]) a. a. O. Bd. 1 § 155 II, 1 S. 512 und § 190 S. 618.
[16]) Iher. Jhb. Bd. 55 a. a. O. S. 414.
[17]) We. u. Wg. a. a. O. S. 171, I. u. A. a. a. O. S. 75, 242.
[18]) S. Mugdan Bd. 1 S. 733.
[19]) a. a. O. S. 97.
[20]) Manigk in Hdw. d. R. Bd. 6 S. 294.
[21]) Manigk in I. u. A. S. 75, Jacobi a. a. O. S. 34.
[22]) We. u. Rg. a. a. O. S. 34.

stimmt hat, von dem es aber als etwas Feststehendem ausgegangen ist und der nun in allen seinen Normen wiederkehrt. Nur auf diesem methodischen Wege werden wir zu einer richtigen begrifflichen Erfassung der We. und ihrer Wesensart kommen. Manigk [23]) hat diesen Weg in seinen Schriften gezeigt und als die sog. Extractionsmethode seinen Ausführungen zugrunde gelegt. Rebitzki [24]), ein Schüler Manigks, unterzog die verschiedenen Wege, die zur Ermittlung des Begriffes der We. eingeschlagen worden sind, einer eingehenden Betrachtung und kam zum Ergebnis, daß jede der verschiedenen Methoden auch notwendig zu einem anderen Ergebnis führen muß. Er hat insbesondere gezeigt, daß weder die von Dernburg [25]) vertretene historische, noch die freirechtliche, noch die induktive, noch andere Methoden geeignet sind, den Begriff der We. gesetzmäßig zu bestimmen. Im einzelnen kann hier über methodische Fragen auf die Ausführungen von Manigk und Rebitzki, die bisher noch nicht widerlegt worden sind, verwiesen werden.

Die We. steht unter dem Oberbegriff der juristischen Handlungen [26]); als letztere werden diejenigen Tatbestände bezeichnet, in denen ein zurechenbares menschliches Verhalten irgendeinen Rechtserfolg auszulösen vermag. Die juristischen Handlungen zerfallen in rechtmäßige und rechtswidrige Handlungen; unter der ersten Kategorie finden wir dann die Rechtsgeschäfte und die Rechtshandlungen im engeren Sinne (Rh.), Rg. sind Akte der Privatautonomie, bei denen der W. auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist. Im Gegensatz dazu stehen die Rechtshandlungen, deren Wirkung auf Grund gesetzlich geregelter Tatbestandsmerkmale ex lege und ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen des Handelnden eintritt. Die Rg. endlich gliedern sich wieder in We. und Willensgeschäfte (Wg.). Damit ist auch schon das Verhältnis der Rg. zu den We. angedeutet. Ersterer Begriff ist der weitere und umfaßt die We. als Oberbegriff [27]). So ist denn auch zu verstehen, daß das BGB. beide Ausdrücke abwechselnd nebeneinander gebraucht.

B. Die We. ist legalbegrifflich Mitteilung an einen anderen.

Jede We. setzt notwendig den äußeren Akt der E. voraus. Solange der W. nur ein innerer Vorgang bleibt, vermag er keine Rechtswirkungen zu erzeugen. Schlüsse auf den inneren W. aus bloßen Indizien vermögen niemals die E. zu ersetzen. Erst durch die bewußt vorgenommene Sonderverbindung mit einem Anderen vollendet sich die We. Das Mittel zur Anknüpfung dieser Sonderbeziehung ist die E. Diese kann in mannigfacher Art und Weise erfolgen. Sie muß aber stets so beschaffen sein, daß der Dritte sie unter Zugrundelegung der zwischen ihm und dem Erklärenden bestehenden Verständnismöglichkeiten als E. eines Erfolgswillens auffassen kann. Daraus folgt, daß die Aussage über den

---

[23]) We. u. Wg. a. a. O. S. 9 ff., 175 ff. Hier erfolgte die Grundlegung der Methode. S. auch Iher. Jhb. Bd. 83 S. 38.

[24]) a a. O. S. 12 ff.

[25]) Bürg. Recht, Bd. 1 a. a. O. § 106 S. 366. Dernburg geht auf die Entstehungsgeschichte des BGB. zurück und versucht aus der Gleichstellung von We. und Willensäußerung Schlüsse auf den Begriff der We. zu ziehen.

[26]) Über die Einteilungen der juristischen Handlungen s. Jung, Bürg. Recht a. a. O. S. 499, 563, Brinkmann a. a. O. S. 19 ff., woselbst auch weitere Literatur, Manigk neuerdings in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 4 ff., 6 Anm. 4.

[27]) Näheres über das Verhältnis s. Brinkmann a. a. O. S. 19 ff., 21 Anm. 12 mit Literaturangabe.

Rechtsfolgewillen nicht nur durch Sprache, sondern auch durch die verschiedensten Zeichensetzungen — Hissen einer Flagge, Gebrauch eines Phantasiewortes, Lichtsignale usw. — und sogar stillschweigend geschehen kann, wenn das Schweigen der Kundgabe eines Rechtsfolgewillens dienen kann. Der oft so als bedeutend hingestellte Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender We. ist nichts anders als eine Verschiedenartigkeit des Erklärungsmittels. Ausdrücklich erklären heißt, den Rechtsfolgewillen durch die kongruenten Worte erklären; konkludent erklären heißt, dem Gegner den Schluß auf den W. auf irgendeine andere Weise ermöglichen [28]).

Unter E. kann man an sich jede Willensäußerung verstehen; man muß sich dann aber sofort fragen, ob das Gesetz den Begriff der We. so weit ausgedehnt haben will oder ob seinen Vorschriften nicht ein engerer Begriff zugrunde liegt, ein Begriff, dem die Beziehung zu einem Dritten wesentlich ist. Dernburg [29]) nimmt das erstere an und setzt jede Willensäußerung der We. gleich. Er begründet seine Ansicht mit der Entstehungsgeschichte [30]) des BGB. und dem Sprachgebrauch. Manigk [31]) hat demgegenüber aber nachgewiesen, daß der Gesetzgeber bei der damaligen Unklarheit der Frage selbst kein klares Bild gehabt haben kann; daß er aber den engeren Begriff im Auge hatte, ergebe sich aus den für die We. gegebenen Vorschriften. Manigk hat aber weiter gezeigt, wie die Rechtsentwicklung immer mehr dahin ging, den weiten, praktisch wertlosen Begriff der We. einzuengen. Im einzelnen muß hier auf die ausführlichen Darlegungen und Nachweise des obengenannten Schriftstellers in seinem Buche We. u. Wg. verwiesen werden. Die Rechtslehre erkennt heute in immer weiterem Maße den engeren Begriff der We. an [32]). *Danach ist die We. nicht nur E. oder Aussage des Rechtsfolgewillens, sondern sie ist notwendig zugleich auch Mitteilung an einen anderen.* Gerade die Beziehung des Erklärenden zum Gegner ist ihr wesentlich; der Erklärende richtet sich zwecks Kundgabe seines Rechtsfolgewillens mit der E. an einen Dritten. Wo eine solche E. aus irgendeinem Grunde zur rechtsgeschäftlichen Gestaltung nicht erforderlich ist, da fehlt die Anknüpfung einer solchen Sonderbeziehung; in diesem Falle liegt aber auch begrifflich keine We. mehr vor.

I.

Die Bestimmungen der §§ 116ff., 130, 133, 157, 154ff. sind auf die Anknüpfung und auf das Bestehen dieser Sonderbeziehung so zugeschnitten, daß sie ohne eine solche gar nicht zu verstehen sind. Das ist ja auch verständlich. Nur da, wo sich der Erklärende mit seiner Aussage an einen Dritten wendet, wo er bewußt in seinen Rechtsbereich eindringt, entstehen bei Verletzung der von ihm zu beobachtenden Verständigungsgrundsätze die Fragen einer Interessenwertung der Beteiligten und ihrer gerechten Ausgleichung. Jede We. setzt daher notwendig einen E.-Empfänger voraus, mit a. W.: jede We. ist empfangsbedürftig.

---

[28]) Manigk We. u. Wg. a. a. O. S. 300 ff., Lehmann a. a. O. § 30, II, 2 S. 198, Oertmann a. a. O. Vorbem. vor § 104 Ziffer 9 S. 329. Jung, Bürg. Recht a. a. O. § 48 S. 578 nennt die stillschweigenden We. im Gegensatz zu den ausdrücklichen auch die erschlossenen We.

[29]) Bürg. Recht a. a. O. Bd. 1 § 106 S. 366.

[30]) S. dazu Motive Bd. 1 S. 126.

[31]) We. u. Wg. S. 14 ff., 27 ff.

[32]) Lehmann, H. a. a. O. § 24 IV S. 138 ff., v. Tuhr, a. a. O. Bd. II, 1 S. 103 ff., 408 ff., Düringer-Hachenburg, a. a. O. Bd. IV S. 7 ff., Anm. 4 ff., Brodmann in Ehrenbergs Handbuch d. ges. Handelsrechts, Bd. IV 2. Abt. 1918 S. 10 ff. Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 136 Anm. 7.

Damit setzen wir uns aber schon in Widerspruch zu der heute noch herrschenden Lehre, die die We. in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige einteilt. Statt vieler sei hier auf Enneccerus-Nipperdey [33]) hingewiesen, der von einer „hochbedeutsamen" Einteilung spricht. Diese Unterscheidung geht auf Zitelmann [34]) zurück. Er glaubte nämlich, gemäß den Bestimmungen der §§ 130, 116 Absatz II, 117, 122, 123 Absatz II, 143 Absatz III und IV eine besondere Gruppe von We. aufstellen zu können, und zwar diejenigen, die nach der dort gebrauchten gesetzlichen Redewendung „einem anderen gegenüber abzugeben sind". Diese bezeichnete er als die e. We., von dem zunächst richtigen Grundsatz ausgehend, daß sie an eine bestimmte Person gerichtet sind. Indem Zitelmann aber dieser Gruppe die andere der ne. We. gegenüberstellte und nun rein begriffsjuristisch die Anwendung der obengenannten Vorschriften nur auf die sog. e. und ihre Nichtanwendung auf die ne. We. lehrte, unterlief ihm ein verhängnisvoller Irrtum, der noch heute den Grund vieler Unklarheiten bildet. Zitelmann gelang es nicht, die sog. ne. We. positiv zu begrenzen. Solange man die e. We. als solche mit einem bestimmten Gegner, die ne. dagegen als solche mit einer unbestimmten Anzahl von Gegnern betrachtete, schadete diese Einteilung nichts. Aber in dem Augenblick, in dem in die letztere Gruppe alle diejenigen Akte aufgenommen wurden, die überhaupt nicht gegenüber einem anderen erklärt zu werden brauchen, wie z. B. die Aneignung, Dereliktion, pro here gestio usw. — nur unter dem Sammelnamen ne. — mußte sich diese Einteilung als unbrauchbar und schädlich erweisen. Die Gruppe der ne. We. bildete einen Unterschlupf für alle die Akte; die man sonst nicht unterzubringen wußte, weil sie keinen Gegner (bezw. bestimmten Gegner) hatten. So finden wir dort die Auslobung und das Testament neben der Aneignung und Dereliktion; wir finden die beiden letzteren aber auch unter den sog. stillschweigenden We. wieder. Die grundsätzliche Frage aber, warum diese Akte nur stillschweigend geschehen können und warum sie keinen E.-Gegner erfordern, wurde niemals geprüft.

Nicht nur die begriffliche Erfassung der We., sondern auch alle damit zusammenhängenden Fragen wie die der Auslegung, des Zugangs, der Zurechnung usw. wurden durch diese Einteilung ungünstig beeinflußt. Es wird z. B. heute noch ohne jeden Begründungsversuch gelehrt [35]), daß das Testament als ne. We. willenstheoretisch auszulegen sei. Aus dem gleichen Grunde wird weiter die Nichtanwendung des § 117 auf das Testament und die Auslobung behauptet. Manigk [36]) hat ausführlich dargetan — und dem haben sich zahlreiche Schriftsteller angeschlossen [37]) — daß es ebenso wie simulierte Kündigungen und Vertragsanträge auch simulierte, Testamente und Auslobungen gibt. Eine rein willenstheoretische Auslegung der Testamente ist zudem gesetzlich durch § 2078 unhaltbar geworden. Auch hier gilt wie bei allen We. der Auslegungsgrundsatz, „daß der Erklärungswert eines Verhaltens sich nach dem Verhältnis des Erklärenden zum E.-Empfänger und den zwischen ihnen gegebenen Verständnismöglichkeiten richtet" [38]). Dagegen gilt dieser Grundsatz bei der Aneignung und Preisgabe

---

[33]) a. a. O. Bd. 1 § 136 S. 443 bei 4. S. dazu auch Jung, Bürg. Recht § 44 S. 566.

[34]) Rechtsgeschäfte i. Entw. I S. 19 ff. und Allgem. Teil a. a. O. S. 93 ff.

[35]) z. B. Danz a. a. O. S. 78 und 92, Frz. Leonhard, Lehrb. in k. S. S. 184 D. 3 B.

[36]) We. u. Wg. a. a. O. S. 460 ff., 308, I. u. A. a. a. O. S. 211 ff., Iher. Jhb. 83 S. 44, 49, 52, 53.

[37]) K. Wolff a. a. O. S. 170, Lange in Iher. Jhb. Bd. 82 S. 7, 8 usw. Auch Larenz a. a. O. S. 80 läßt für die Auslegung der Testamente die gleichen Grundsätze gelten wie bei den We.

[38]) Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 53.

nicht. Der Grund liegt darin, daß diese letzteren Akte überhaupt keine Mitteilung an einen anderen enthalten, sondern allein durch die gesetzlich bestimmte Realisierung des Rechtsfolgewillens vollzogen werden. Die Kategorie der „ne. We." enthält also zwei ganz verschiedene Arten von Rg., nämlich einmal solche Akte, die einer Mitteilung bedürfen, wie das Testament, die Auslobung, die Inhaberschuldverschreibung, zum anderen solche, die zu ihrer Verwirklichung gar keine Mitteilung erfordern (Aneignung, Preisgabe, Vertragsannahme nach § 151 usw.). Bezüglich der letzteren mußte aber gefragt werden, ob sie überhaupt noch We. sind!

Zitelmanns Einteilung ist auch im Gesetz selbst nicht begründet. Ganz abgesehen davon, daß bei der Schaffung des BGB. eine klare Systematik fehlte, der Gesetzgeber daher das Anwendungsgebiet der e. We. gar nicht übersehen konnte, daß sich auch weiter nirgends eine Vorschrift über ne. We. findet, hat der Gesetzgeber den Zusatz „einem anderen gegenüber" ohne ersichtlichen Grund gerade in § 120, wo er gar nicht weggedacht werden kann, und in den §§ 116 und 118 fortgelassen. In anderen Paragraphen kann er auch ohne weiteres gestrichen werden. Auf die Widerlegung der anderen Stützpunkte Zitelmanns, nämlich die §§ 123 Absatz II und 143 Absatz IV kann hier nicht eingegangen werden; sie sind zudem von Manigk ausführlich behandelt worden [39]).

Zitelmann selbst hatte erkannt [40]), daß die ne. We. auch gegenüber einem bestimmten Gegner abgegeben werden können. Aber er übersah, daß tatsächlich auch das Umgekehrte möglich ist. Jede e. We. kann auch als ne. We. erfolgen. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Kaufmann sich mit seiner Offerte an einen größeren unbestimmten Kreis von Kunden wendet. Endlich kann auch der § 130 diese Einteilung nicht stützen, denn auch die Auslobung ist als öffentliche Mitteilung tatbestandsmäßig erst mit ihrem Zugang in der Öffentlichkeit vollendet. Die Lehre Zitelmanns, die Auslobung sei schon mit ihrer Abgabe wirksam, ist als unhaltbar erkannt worden. Der § 130 zieht nicht die Grenze zwischen den e. und ne. We., sondern zwischen den We. und denjenigen Akten, die überhaupt keine We. mehr sind, weil sie keine Mitteilung darstellen. Er stellt den Grundsatz auf, daß alle Mitteilungen erst mit ihrem Zugang vollendet sind. Das aus § 120 gewonnene Ergebnis bestätigt sich auch hier. Die We. ist tatbestandsmäßig erst dann vollendet, wenn sie den Weg zum Mitteilungsgegner durchlaufen hat.

Von einer hochbedeutsamen Unterscheidung kann daher keine Rede sein, denn sie betrifft nicht das Wesen der We. Will man die eingebürgerte Bezeichnung e. und ne. We. beibehalten, so muß man sich bewußt sein, daß beide Arten We. sind, nämlich Mitteilungen an andere, und daß sie sich nur durch ein sekundäres Merkmal unterscheiden: die e. We. sind an einen bestimmten Gegner gerichtet [41]), die ne. We. an einen größeren unbestimmten Kreis von Adressaten. Zugehen müssen aber beide. Das Gesetz behandelt sie gleich; es kann daher auch den Darlegungen von Brinkmann nicht beigetreten werden [42]), der die Unterscheidung bezüglich der Wirksamkeit für berechtigt hält.

Wesentliches Merkmal aller We. ist also die Mitteilung an einen anderen. Zwecks Kundgabe richtet sich der Erklärende an den Dritten und knüpft damit ein Verhandlungsverhältnis an, das ihn nach geltendem Recht zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Ein solches Verhandlungsverhältnis liegt da nicht vor, wo der Erklärende sich mit seiner Willensäußerung nicht an einen Dritten wendet. Trotzdem rechnet die h. M. solche Akte, der Zitelmannschen Einteilung getreu, zu den ne. We., ohne sich aber dabei

---

[39]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 50—52.
[40]) Allgem. Teil a. a. O. S. 98 bei 3b.
[41]) Kunstmann a. a. O. S. 29 spricht von adressierten We.
[42]) a. a. O. S. 29.

zu fragen, ob sie überhaupt noch We. sind. Man mußte doch zunächst einmal prüfen, ob diese Akte der Anwendung der begriffswesentlichen Legalnormen der We. überhaupt zugänglich sind. Hätte man dies getan, so wäre man bald auf die ganz andere Wesensart dieser Akte gekommen. Diese sog. We. sind in Wirklichkeit überhaupt keine Mitteilungen eines Rechtsfolgewillens, sondern reale Ausführung desselben. Nur diese Handlungen wollte der § 130 aussondern, nicht dagegen die echten sog. ne. We. Für sie können die Probleme der §§ 116ff., 133, 157 keine Rolle spielen, da diese Vorschriften notwendig die Beziehung zu einem Dritten voraussetzen.

Es ist vor allem das Verdienst Manigks [43]), die andersartige Struktur jener Akte erkannt und ihre Grenze gegenüber den We. aufgezeigt zu haben. Er nennt sie in seinem grundlegenden Werke [44]) im Gegensatz zu den We. Willensgeschäfte und definiert sie als Verwirklichung des Rechtsfolgewillens ohne das Erfordernis einer ausdrücklichen E. Es sind dies Rg. wie Aneignung, Preisgabe, Vertragsannahme nach § 151 usw. Dem ist die Rechtslehre weitgehend gefolgt. Hellmann [45]) bezeichnet sie als Willensverwirklichungen, Breit [46]) und H. Lehmann [47]) bezeichnen sie als Willensbetätigungen, Jacobi [48]) nennt sie unverläßliche We. Nipperdey [49]) erkennt ebenfalls die Unterscheidung der We. von den Wg. an und spricht von einer für das Verständnis der We. nützlichen Kategorienbildung, und doch kommt er schließlich zu dem Ergebnis, daß auch die Wg. denselben rechtlichen Grundsätzen unterliegen würden wie auch die We. (S. 441). Dabei wird übersehen, daß diese Akte eben durch das Fehlen jeglicher Mitteilung rechtlich ganz anders gelagert sind.

Die andersartige Struktur der Wg. hat sich neuerdings auch bei Erörterung der Probleme der Zurechnung (Verantwortlichkeit für den E.-Wert und für das Vertrauen des Empfängers) und die der Erklärungshaftung wieder ergeben. Die Wissenschaft und auch die Praxis haben sich in immer stärkerem Maße gezwungen gesehen, aus Bestimmungen des geltenden Rechts ein allgemeines Prinzip abzuleiten, gemäß dessen die schuldhafte Handlung schon während eines Vertragsschlusses zum Schadensersatz verpflichtet. Während das Reichsgericht anfänglich diese Haftung noch auf den späteren Vertragsschluß stützte [50]), ist es in der Folgezeit mehr und mehr dazu übergegangen, aus dem bloßen Eintritt in die Vertragsverhandlungen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis abzuleiten, aus dem eine Verpflichtung der Beteiligten zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, insbesondere gewisse Mitteilungs-, Aufklärungs- und Aufbewahrungspflichten folgt [51]). Dem hat sich auch die Wissenschaft angeschlossen [52]). Für uns ist dabei von Interesse, daß diese Verantwortlichkeit lediglich auf der Anknüpfung einer Sonderbeziehung beruht. Zufälligkeiten können aber eine solche Verantwortung niemals begründen. Larenz [53]) und vor ihm schon Manigk [54])

---

[43]) We. u. Wg. insbesondere S. 415 ff., 441 ff., 448.

[44]) We. u. Wg. a. a. O.

[45]) Jher. Jhb. Bd. 42 S. 437.

[46]) a. a. O. S. 122.

[47]) a. a. O. § 24 IV S. 142.

[48]) a. a. O. S. 74, 72 ff., 103.

[49]) a. a. O. Bd. 1 § 136, 2c S. 438 ff., 440 Anm. 7 mit weiterer Literatur.

[50]) S. R. G. in Z. S. Bd. 95 S. 60, Bd. 107 S. 362.

[51]) R. G. in Z. S. Bd. 120 S. 251.

[52]) S. z. B. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 43, III S. 168/9 Anm. 2 weitere Literatur, Hildebrandt a. a. O.

[53]) a. a. O. S. 70 ff., 72.

[54]) I. u. A. S. 246 ff.

haben gezeigt, daß eine Zurechnung hinsichtlich der Erklärungsbedeutung nur da erfolgen kann, wo ein Verhalten gegenüber einem E.-Gegner vorliegt.

II.

Eine solche Zurechnung des E.-Tatbestandes kommt daher nur bei We. in Betracht, deren wesentliches Begriffsmerkmal nach dem oben ausgeführten die Mitteilung an einen anderen ist. Zugerechnet wird der Erklärungswert, d. i. das gesamte dem Empfänger zur Kenntnis gebrachte Verhalten und dessen verkehrsmäßige E.-Bedeutung.

C. Der Rechtsfolgewille als begriffliches Merkmal der We.

Bisher wurde festgestellt, daß die We. notwendig Mitteilung an andere sein muß und daß auf dieser angeknüpften Sonderbeziehung die Zurechnung und die E.-Haftung beruht. Es sei hier nur erwähnt, daß die Zurechnung nach dem Grundsatz des Wissenmüssens erfolgt; sie greift also auch Platz, wo der äußere E.-Tatbestand fahrlässig von dem Erklärenden herbeigeführt worden ist [55]. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es im Rahmen des § 120 nur vorsätzliche We. geben kann, denn die Unrichtigkeit der Übermittlung beruht in dem Abweichen des übermittelten Erklärungserfolges von dem Kundgebungsauftrag. Die nach außen in Erscheinung tretende, in den Rechtsbereich des Dritten eingreifende E. haben wir weiter oben als den E.-Tatbestand bezeichnet. Wie wir dort anläßlich der Untersuchung des § 120 gesehen haben, vermag dieser äußere E.-Tatbestand nach dem Gesetz Rechtswirkungen auszulösen, ohne daß ihm ein entsprechender W. zugrunde liegt; es wurde aber auch weiter schon gezeigt, daß das Gesetz bei dieser Regelung nicht stehen bleibt, sondern dem Erklärenden wegen des Fehlens des der E. entsprechenden W. gewisse Gegenrechte gewährt, die einerseits zur Nichtigkeit des äußeren E.-Tatbestandes (§§ 116ff.), andererseits zur Anfechtung führen (§§ 119, 120). Manigk [56] spricht hier von einer primären Zurechnung gegenüber der den Rechtsfolgewillen berücksichtigenden endgültigen Zurechnung.

Damit kommen wir zu dem zweiten Tatbestandsmerkmal einer jeden We., nämlich dem Rechtsfolgewillen. Man kann ihn im Gegensatz zu dem äußeren E.-Tatbestand den inneren Willenstatbestand bezeichnen. Titze [57] bezeichnet ihn auch als die Seele gegenüber dem Leib der We. Die Innenseite, die begrifflich vor dem E.-Tatbestand bestehen muß, setzt sich, so wird gelehrt, aus dem Handlungswillen, dem Erklärungs- bzw. Kundgebungswillen und endlich aus dem Geschäfts- oder Rechtsfolgewillen zusammen [58]. Während das Erfordernis des Handlungswillens für den Begriff der We. in der Rechtslehre kaum bestritten wird, besteht hinsichtlich des Kundgebungs- und des Rechtsfolgewillens Streit. Der Kundgebungs- oder Erklärungswille besteht in dem Bewußtsein, dem E.-Gegner durch das Verhalten den Willen kundzugeben, ohne daß er sich nun auch auf die rechtlichen Folgen zu erstrecken hat [59]. Wir haben bisher gesehen, daß jede We. notwendig die Mitteilung eines Rechtsfolgewillens an einen anderen

---

[55]) S. dazu Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 insbesondere S. 84 ff., Arndt a. a. O. S. 26.

[56]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 90/91.

[57]) Mißverständnis a. a. O. S. 155. Brinz, Pandekten, 2. Aufl. IV S. 257.

[58]) S. dazu Brinkmann a. a. O. S. 21 ff., Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 14, Anm. 12, Oertmann a. a. O. vor § 104 S. 331.

[59]) Näheres über den Streitstand s. Brinkmann S. 34 ff.

enthält. Daraus folgt, daß auch wir den Kundgebungswillen (Erklärungsbewußtsein) voraussetzen, denn wer einem anderen eine Aussage über seinen Rechtsfolgewillen macht, der tut dies auch notwendig zum Zwecke der Kundgabe; auf andere Weise vermag er seinen W. dem beteiligten Dritten nicht kundzutun. Wir haben auch schon aus § 120 entnommen, daß, wer einen Boten mit der Übermittlung einer We. beauftragt, notwendig zum Zwecke der Kundgabe handelt. Manigk [60]), Breit [61]), Eltzbacher [62]) und andere Schriftsteller haben sein Erfordernis auch aus den §§ 116ff. nachgewiesen.

Ebenso gehört der Rechtsfolgewille (Geschäftswille, Rechtsfolgebewußtsein) zum Gesamttatbestand der We. Der einzige Zweck, der mit der Mitteilung an einen anderen erstrebt wird, liegt in der erwünschten Rechtsfolge. Wir haben das Erfordernis des Rechtsfolgewillens schon aus § 120 abgeleitet. In der Rechtslehre wird er als begriffliches Tatbestandsmerkmal nicht allseitig anerkannt. Es ist dies der alte Kampf zwischen der Erklärungs- und Willenstheorie. Erstere stellt die Verkehrssicherheit in den Vordergrund und lehrt die Unerheblichkeit des abweichenden inneren W., letztere fordert — nicht ganz übereinstimmend — die auf die Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichtete Absicht. Dazwischen gibt es noch eine Anzahl Vereinigungstheorien, die eine Aussöhnung dieser beiden Theorien versuchen [63]). Daß der Rechtsfolgewille für den Begriff der We. wesentlich ist, ergibt sich aus den §§ 116ff. Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, sein Erfordernis aus diesen Bestimmungen zu entwickeln; es muß hier ebenfalls auf die Darlegungen von Manigk [64]) und Brinkmann [65]) verwiesen werden.

Wie unsere geschichtlichen Ausführungen gezeigt haben, wurde schon im gemeinen Recht, insbesondere von Windscheid, Pernice und auch von dem Reichsgericht durchaus richtig zwischen dem unterschieden, was eine We. legalbegrifflich ist und was der Gegner im Einzelfall als solche ansehen darf. Diese treffende Unterscheidung zeigt schon die eingetretene Überwindung des so verwirrenden Streites zwischen der W.- und E.-Theorie. Man muß sich auch heute darüber klar sein, daß beide Theorien auf durchaus verschiedenen Ebenen kämpfen. Während die E.-Theorie den abgetrennten äußeren E.-Tatbestand, weil er Rechtsfolgen auszulösen vermag, für den Begriff der We. genügen lassen will, betrachtet die W.-Theorie den Gesamttatbestand, in welchem auch der Rechtsfolgewille erheblich ist. Jede We. wird dem Erklärenden zunächst einmal zugerechnet ohne Rücksicht auf den wirklichen Rechtsfolgewillen. Diese mit der Schuldvoraussetzung zu verknüpfende Zurechnung des verkehrsmäßigen Ausdruckswertes des äußeren Verhaltens anderen gegenüber ist die Verselbständigung eines Teiles des Gesamttatbestandes der We. Die E.-Theorie legt diesen Teiltatbestand (Mindesttatbestand) zugrunde und bezeichnet ihn als das Wesentliche der We. Die W.-Theorie baut dagegen auf der endgültigen Zurechnung auf; diese berücksichtigt den wirklichen W., wie sich aus den §§ 116ff. erkennen läßt. Die §§ 116ff. setzen einen Begriff voraus, dem der Rechtsfolgewille erheblich ist, denn sie bestimmen trotz der primären Zurechnung des äußeren E.-Tatbestandes die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit dieses letzteren. Der gesetzliche Begriff der We. reicht also weiter und begnügt sich nicht mit einem auf der primären Zurechnung beruhenden Teiltatbestand. Materiell besteht der Gesamttatbestand der We. daher in

---

[60]) We. u. Wg. a. a. O. S. 175 ff., 192 ff., 201, 205 ff.

[61]) a. a. O. S. 140.

[62]) Abhandlung in Gruch. Beitr. Bd. 55 S. 3.

[63]) S. dazu Oertmann a. a. O. Vorbem. vor § 116, Ziff. 2 S. 374. Brinkmann, a. a. O. S. 36 ff.

[64]) We. u. Wg. S. 165, 171 ff., I. u. A. S. 53, 240, 103.

[65]) a. a. O. S. 36 ff.

der Mitteilung und dem ihr entsprechenden Rechtsfolgewillen [66]). Es ist methodisch daher auch unrichtig, das legale Wesen der We. als sogen. Mindesttatbestand [67]) zu erfassen und den Rechtsfolgewillen aus dem Begriff der We. zu streichen. Dieser W. vermag Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Wirksamkeit der We. in den §§ 119, 120 ist immer nur eine schwebende, weil in diesen Fällen ein wichtiges Tatbestandsmerkmal fehlt.

Eine andere Theorie hat die Lehre besonders unheilvoll beeinflußt, nämlich die sog. Auslösungstheorie [68]). Sie lehrte, daß der Rechtsfolgewille deshalb unerheblich sei, da das Rg. nur gesetzlich vorgeschriebene Tatbestandswirkungen auszulösen vermöge. Auf den W. könne es daher gar nicht ankommen. Aber jeder schriftliche Kaufvertrag, jedes sich außerhalb der Gesetze bildende Vertragsgebilde widerlegt diese Theorie. Zudem hat Manigk [69]) nachgewiesen, daß das Rg. das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung darstellt und daß es Rechtsgeschäfte schon gab, ehe gesetzliche Vorschriften bestanden.

Gegen die E.-Theorie spricht weiter der § 133, wonach der wirkliche Wille durch die Auslegung zu erforschen ist. Wenn auch jede We. Rechtsfolgeerklärung sein muß, so wirkt der innere W. im Tatbestande der We. in der Funktion der Auslegung sogar positiv dahin, daß das wirklich Gewollte Geltung beanspruchen kann, wenn es in dem Erklärungsverhalten zum Ausdruck gelangt ist.

Schon die Motive zum I. Entwurf [70]) des BGB. haben ferner erkannt, daß es neben den Rg. als Handlungen mit einem Rechtsfolgewillen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, auch juristische Handlungen gibt, für deren Wirkung es nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt sind oder nicht. Die Rechtslehre erkannte denn auch bald, daß diese letzteren Handlungen sich nicht in den Begriff der We. einreihen ließen [71]) und begann die legale Grenze zwischen den Rg. und allen denjenigen Akten aufzurichten, die nicht ex voluntate, sondern ex lege wirken. Es ergab sich hierbei eine Zweiteilung in Rechtsfolgeerklärungen und Rechtshandlungen im engeren Sinne. Zwischen beiden besteht nach dem Willen des Gesetzes ein kategorialer Gegensatz, der notwendig zu einer von den We. abweichenden rechtlichen Behandlung führt. Dies gilt nicht nur für die sog. Realakte (bezügl. derer ist es allgemein anerkannt), sondern auch für die mit inneren Tatsachen verbundenen Handlungen und Mitteilungen (geschäftsähnliche Handlungen). Die Mitteilungen, die ebenfalls Kundgabe an einen Dritten darstellen, nähern sich am stärksten der We.; auch sie sind im Sinne des § 130 empfangsbedürftig [72]); auch bei ihnen entstehen die Fragen der Zurechnung des E.-Tatbestandes. Nur die Rg. sind Mittel der Selbstgestaltung der Privatautonomie, während die Rh. eine durchaus andere Aufgabe im System des Legalrechts haben. Die autonome Gestaltung eines Rechtsverhältnisses vermag logisch nur durch einen Tatbestand vollzogen zu werden, der den Rechtsgestaltungswillen des Handelnden verwirklicht. Daher muß der Tatbestand der We. den Rechtsfolgewillen zum Element haben.

---

[66]) S. dazu Manigk, Teilung von Tatbeständen in I. u. A. S. 79 ff., ferner in Hdw. d. Rw. Bd. 5 S. 847 ff., insbes. 854.

[67]) Hildebrandt a. a. O. S. 195.

[68]) Kohler, Lenel, Danz. Dagegen schon Pernice in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 46 ff., Manigk I. u. A. S. 44 ff., 229 ff.

[69]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 9 ff., in Hdw. d. Rw. Bd. 4 S. 665. v. Thur a. a. O. II, 1. S. 168 ff.

[70]) a. a. O. Bd. 1 S. 127.

[71]) S. z. B. Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (1901) S. 95 ff., 184 ff.

[72]) S. Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 19, 21, 47 ff., I. u. A. S. 34, Klein a. a. O. S. 144 ff.

Wir haben den Begriff der We. somit einmal gegenüber den Wg. abgegrenzt durch die Notwendigkeit einer Mitteilung, weiter aber auch gegenüber den Rh. durch den Rechtsfolgewillen. Unser aus dem § 120 gewonnenes Ergebnis hat sich in dieser Untersuchung bestätigt. Der Gesamttatbestand der We. setzt sich aus dem E.- und dem W.-Tatbestand zusammen, und wir können abschließend die We. bestimmen als die dem wirklichen Rechtsfolgewillen entsprechende Mitteilung desselben an einen anderen [73]).

§ 6.

Die Zurechnung im Tatbestande der We.

Der Erklärende wendet sich mit der We. zwecks Kundgabe seines Rechtsfolgewillens an einen anderen und knüpft eine geschäftliche Sonderbeziehung an. Das dem Anderen zugänglich gemachte Gesamtverhalten ist als der Erklärungswert anzusehen. Dieser E.-Wert umfaßt sowohl den E.-Sinn überhaupt als auch den konkreten E.-Inhalt. Diese werden dem Erklärenden zugerechnet, so weit er sie schuldhaft herbeigeführt hat. Die Rechtsprechung und auch die Rechtslehre ging immer bewußter dazu über, die entgegengesetzten Interessen des Erklärenden und des E.-Empfängers als gleich schutzbedürftig anzusehen, da der Begriff von Treu und Glauben den Schutz beider Interessen erfordert. Die Frage war aber stets die, wie und wo die Grenzlinie in der Interessenabwägung zu verlaufen habe. Hier hat sich der Gesichtspunkt der Zurechnung als fruchtbar erwiesen [74]). So lehrt schon Manigk (I. u. A. S. 115) durchaus richtig: „Der Begriff der We. beruht auf dem der E. zugrunde liegenden Rechtsfolgewillen. Die vorläufige Wirksamkeit äußerer Erklärungsakte beruht dagegen auf der Verantwortlichkeit des Handelnden für den Erklärungswert seines Verhaltens." Auf Seite 250 legt er dar, daß diese Verantwortlichkeit an bestimmte Bedingungen geknüpft sei und daß diese auf Treu und Glauben aufgebaute, das Interesse des Empfängers schützende primäre Zurechnung sich nur so weit rechtfertigen lasse, als die ihren anderseitigen Rechtsgrund bildende Verantwortlichkeit des Handelnden billigerweise ausgedehnt werden könne. „Es ragt hier in die Funktion der We. offenbar die Figur der Schuldhaftung hinein."

Die späteren Untersuchungen von Larenz [75]) und Hildebrandt [76]) haben diesen Standpunkt gerechtfertigt. Larenz war der erste, der die von Manigk schon in seinem Buche We. u. Wg. in den Mittelpunkt des Begriffes der We. gestellte Zurechnung und Verantwortlichkeit insbesondere für die Lehre von der Auslegung anerkannt hat. Leider aber vermißt man bei Larenz ein näheres Eingehen auf die Zurechnung und ihre Verschiedenartigkeit bei den We., Wg. und den sog. typisierten Akten. Es mag dies darauf beruhen, daß er seinen Ausführungen keinen klaren Begriff der We. zugrunde gelegt hat.

---

[73]) S. Manigk in Iher. Jhb. 83 S. 87. Vgl. auch die Definition der We. in We. u. Wg. S. 190/1: „Eine We. ist eine Äußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient." S. ferner Lehmann a. a. O. § 24 IV S. 138, Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. IV S. 7 Anm. 4, 5., Jacobi E. a. a. O. S. 24, 72 ff., 103, Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts Bd. IV 2. Abt. 1918 S. 10 ff.

[74]) Larenz a. a. O. S. 7, 62, 70 ff., Hildebrandt a. a. O. S. 132, 135, aber auch schon Manigk insbesondere in We. u. Wg. S. 271 ff., 499, 556 ff., I. u. A. S. 111 ff., 243 ff., Iher. Jhb. Bd. 75 S. 135, 139, 192 ff., R. G. Festg. Bd. 6 S. 154.

[75]) Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1930.

[76]) Erklärungshaftung (1931).

Auch Hildebrandt[77]) kommt zum Ergebnis, daß die von ihm untersuchte Erklärungshaftung (culpa in contrahendo) nur zwischen den Parteien und nicht gegenüber der Allgemeinheit besteht; auch für ihn kommt nur da eine Haftung in Frage, wo ein Verhandlungsverhältnis die Grundlage bildet. Ebenso hat sich das Reichsgericht ausgesprochen[78]). Diese E.-Haftung muß nun aber auch für den Erklärungssinn und E.-Inhalt jeder We. gelten. Wir haben schon oben gezeigt, daß die Verantwortlichkeit des Handelnden für das verkehrsmäßige Verhalten auf der Mitteilung und deren E.-Wert beruht. Dies ist der Gegenstand der Zurechnung. Dieser E.-Wert der Mitteilung wird aber nicht nur rein objektivistisch bestimmt, sondern gemäß § 133 auch mit Rücksicht auf den wirklichen W. des Erklärenden. Der E.-Empfänger hat die ihm zugänglich gemachte E. auch unter diesem Gesichtspunkt zu werten. Der Zurechnungsgrund aber beruht auf der durch die Mitteilung hervorgerufenen Anknüpfung einer Sonderbeziehung und der dadurch entstehenden Pflicht zum verkehrsmäßigen Verhalten im Rechtsverkehr. Jeder, der sich mit seinem Verhalten an einen Dritten wendet, schafft damit eine Vertrauensgrundlage, die ihm gewisse Rechtspflichten auferlegt. Manigk[79]) kennzeichnet diese von der Verkehrssitte und dem Recht anerkannten Rechtspflicht als die „Pflicht eines jeden im Verkehr Handelnden, der sein eine Willenskundgebung enthaltendes Verhalten einem anderen zugänglich macht, dieses Verhalten verkehrsmäßig richtig und nach der Lage des Empfängers so einzurichten, daß dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme von seinem wirklichen W. hat“. Diese Rechtspflicht ist die Grundnorm der Zurechnung von We. Wir finden sie in den §§ 116ff. verkörpert, wir treffen sie aber auch in der Funktion der Auslegung. Ihre Verletzung zieht die dort geregelten Rechtsfolgen nach sich. Nur so werden die Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 auch verständlich. Ihre Aufgabe ist, die beiderseitigen Interessen, soweit sie sich als schutzbedürftig darstellen, zu schützen. Der Erklärende ist verpflichtet, richtig zu erklären; der Empfänger muß das ihm zugänglich gemachte Verhalten richtig werten, indem er, so weit der W. in der E. erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, auf Grund der zwischen ihm und dem Erklärenden gegebenen Verständnismöglichkeiten und sonstigen Tatsachen (Vereinbarungen, Verkehrssitte, äußere Umstände, Ort und Zeit der Abgabe usw.) den richtigen Rückschluß aus der E. auf den Rechtsfolgewillen als wirklichen Willen zieht. Diese Zurechnung des verkehrsmäßigen Ausdruckswertes findet übrigens bei allen Mitteilungen statt, also auch bei den Rechtshandlungsmitteilungen. Ihre Begrenzung findet sie aber in dem Erfordernis des Kausalzusammenhangs und der Schuld. Wo kein schuldhaftes, kausal näher qualifiziertes Verhalten gegenüber dem E.-Gegner vorliegt, da greift auch eine Zurechnung nicht Platz. Nur die schuldhafte Verletzung der in jener Rechtspflicht liegenden Sorgfaltspflicht bei Anknüpfung des Verhandlungsverhältnisses erzeugt die Zurechnung. Der verkehrsmäßige Ausdruckswert wird aber auch dann zugerechnet, wenn der Erklärende ihn kennen mußte; es gibt also auch eine Zurechnung ungewollter We. Gegenüber dieser primären Zurechnung aber gab der Gesetzgeber aus Billigkeitsgründen dem so an seinem E.-Wert festgehaltenen Erklärenden gewisse Gegenrechte, falls der wirkliche W. aus schutzwürdigen Gründen von dem äußeren E.-Tatbestand abwich. Diese Gegenrechte sind in den §§ 116ff. bestimmt, finden sich aber auch schon in der richtig verstandenen Auslegung nach § 133 BGB. Wie später noch zu zeigen sein wird, setzt jede Zu-

---

[77]) a. a. O. S. 132 ff., 200 ff.: „Auch der Gesichtspunkt der culpa in contrahendo greift nur Platz bei schuldhafter Verletzung von Erklärungspflichten. (Verhandlungsverhältnis!)“

[78]) R. G. in Z. S. Bd. 95 S. 60, Bd. 120 S. 251 usw.

[79]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 64/5. Dort auch weitere Literatur.

rechnung eines Verhaltens dessen rechtsmaßgebliche Sinnbestimmung voraus. Diese letztere erfolgt auch mit Rücksicht auf den wirklichen W.

Die Zurechnung kann durch das Gesetz auch so verstärkt sein, daß sie zu einer endgültigen wird, ohne dem Erklärenden irgendwelche Gegenrechte zu gewähren. Dies ist bei den sog. typisierten E.-Akten der Fall[80]). Hier hat die Rechtsordnung, die Verkehrsauffassung oder die Handelssitte einem typischen Verhalten einen rechtsmaßgeblichen Sinn aufgeprägt, und zwar derart, daß eine Anwendung der begriffswesentlichen Normen der §§ 116ff. und § 133 ausgeschlossen ist. Eine Anfechtung dieser Tatbestände nach § 119 ebenso wie eine Auslegung greift hier schon deshalb nicht Platz, weil es auf den Rechtsfolgewillen nicht ankommt. Es ist daher unrichtig, z. B. die Tatbestände der §§ 108 Absatz II, 177 als stillschweigende We. aufzufassen[81]). Sie sind überhaupt keine We., da sie von den begriffswesentlichen Merkmalen nicht getragen werden. Auch eine so oft versuchte „Fiktion" des W. hilft uns nicht darüber hinweg. Bei der Regelung dieser Akte ist der Grundsatz des Verkehrsschutzes allein ausschlaggebend gewesen. Für die E.-Theorie waren sie stets die wichtigsten Stützpunkte, ohne daß untersucht wurde, ob diese typisierten E.-Akte, da die wichtigsten für die We. gegebenen Vorschriften auf sie keine Anwendung finden, begrifflich überhaupt We. sind. Manigk[82]) scheidet sie mit Recht aus dem Begriff der We. aus und unterstellt sie den Rechtshandlungen im engeren Sinne[83]), da sie der Privatautonomie überhaupt nicht dienen.

Umgekehrt findet Zurechnung eines Erklärungsverhaltens bei den Wg. (Willensbetätigungen) nicht statt, weil diese keine Mitteilung oder Aussage über den Rechtsfolgewillen an andere enthalten. Zugerechnet werden kann nur ein Erfolg, den der Handelnde selbst herbeigeführt hat. Die Wg. wirken aber ohne jede Mitteilung an andere; sie sind lediglich Verwirklichung des Rechtsfolgewillens. Derjenige, der den Tatbestand des § 958 oder 2255 erfüllt, handelt nicht gegenüber einem anderen; das Gesetz erfordert hier lediglich die auf diese Handlungen selbst gerichtete tatsächliche Absicht. Von einem Vertrauensverhältnis zu einer Gegenpartei kann keine Rede sein, denn der Handelnde richtet sich mit seinem Verhalten nicht an einen anderen. Ist der andere zufällig Beobachter einer solchen Handlung und zieht er nun seine Schlüsse aus diesem Verhalten, so muß er sich auch gefallen lassen, daß der Handelnde ihm gegenüber seine vielleicht falschen Schlüsse durch die Berufung auf den wirklichen W. entkräftet. Denn der Handelnde hatte ja sein ganzes Verhalten gar nicht darauf eingerichtet, dem anderen etwas kundbar zu machen. In diesem Falle würde er sich vielleicht ganz anders verhalten haben. Es geht aber nicht an, und das betont insbesondere K. Schneider mit Recht[84]), daß die Betätigungen eines solchen Handelnden nun hinterrücks als bindend gegen ihn angenommen werden. Bloße Zufälligkeiten können niemals eine Zurechnung begründen. E. Müller[85]) weist zutreffend darauf hin, daß auch der Kausalzusammenhang für die Schadenshaftung eine viel engere Beziehung zur Schaffung einer solchen Vertrauensgrundlage erfordert.

---

[80]) S. dazu Manigk in We. u. Wg. S. 222 ff., I. u. A. S. 151 ff., Stillschw. bew. Vollm. a. a. O. S. 658 ff., Jher. Jhb. Bd. 83 S. 78 ff. Ferner E. Heymann in R.G. Festg. Bd. 4 S. 335 ff.

[81]) So z. B. Heilfron, Allgem. Teil § 22 S. 140 (1927).

[82]) Stillschw. bew. Vollm. . . . a. a. O. S. 613, We. u. Wg. S. 222, 226 ff., I. u. A. S. 151 ff.

[83]) Auch v. Thur, a. a. O. II, 1 S. 423 ff. verneint die Anfechtung in den Fällen, wo das Gesetz das Schweigen in einem bestimmten Sinne normiert. Dort Anm. 129 auch weitere Literatur.

[84]) a. a. O. S. 273 ff., 285, 291.

[85]) a. a. O. S. 76.

Der Verkehr verlangt nicht diese überspannte Vertrauenswirkung; auch das Gesetz kennt kein allgemeines Prinzip des Vertrauensschutzes [86]). Der Einwand von Jung [87]), daß alle Rechtswirkung immer nur Wirkung gegenüber anderen E.-Interessenten bedeute und daß es in einem isolierten Menschendasein überhaupt kein Recht gäbe, ist, wie insbesondere Manigk [88]) nachgewiesen hat, in dieser weiten Form nicht tragbar. Es wurde schon gezeigt, daß auch Larenz und Hildebrandt für die Zurechnung bezw. die E.-Haftung die bewußte Anknüpfung einer Sonderbeziehung zu einem anderen erfordern. Manigk [89]) hat auch an Hand des § 151 die Unhaltbarkeit einer Zurechnung bei Wg. gezeigt. Auf Seite 70 führt er aus: „Der Handelnde kann für so unübersehbare Zufälligkeiten unmöglich haften. Der E.-Wert des Verhaltens ist auf der Grundlage der herrschenden Auslegungslehre eine allein durch die Beziehung des Erklärenden zu der von ihm bei Abgabe der E. als eines Verständigungsmittels in Betracht gezogene Lage des Gegners begrenzbare Größe. Die Zurechnung unübersehbarer Verständnismöglichkeiten als Ausfluß einer Rechtspflicht ist abzulehnen."

Die Zurechnung eines Erklärungserfolges ist also stets durch die Mitteilung eines Rechtsfolgewillens an andere bedingt.

Wie ist nun aber der Fall zu entscheiden, wo z. B. der Aneignende seinen W. gegenüber einem Dritten ausdrücklich erklärt? Wo er ihm zu erkennen gibt, daß er diesen herrenlosen Gegenstand sich aneigne? Hier geht der Handelnde über den in § 958 geregelten Tatbestand hinaus und schreitet zu einer Mitteilung seines Rechtsfolgewillens. In diesem Falle findet eine Zurechnung des E.-Wertes statt. Denn der Handelnde führt die Rechtsgestaltung statt durch Wg. durch eine We. herbei; er knüpft bewußt und wollend die Sonderbeziehung zu einem Dritten an, die ihn wiederum verpflichtet, bei der Mitteilung seines Rechtsfolgewillens die Rechtspflicht zum verkehrsmäßigen Verhalten zu beachten. Mit diesem bewußt herbeigeführten Verhandlungsverhältnis greift daher auch wieder die Zurechnung des E.-Wertes Platz. Wann der Handelnde diesen oder jenen Weg beschreitet, läßt sich im Einzelfall leicht feststellen. Manigk [90]) sprach in diesen Fällen früher von einem Übergang des Wg. in den Aggregatzustand der We.; wegen Mißverständlichkeit dieses Vergleiches hat er ihn heute fallen gelassen [91]).

Die Zurechnung von We. hat ihren Grund in der objektiven Anknüpfung der Sonderbeziehung zu einem anderen. Daher gibt es über den Begriff der We. hinaus auch eine Zurechnung „ungewollter E." ohne Rücksicht auf einen Erklärungs- oder Rechtsfolgewillen. Diese fahrlässig erzeugte Wirkung von E.-Akten [92]) unterliegt stets der Irrtumsanfechtung nach § 119, da sie nach dieser Regelung von dem übergeordneten Begriff der We. erfaßt wird [93]).

---

[86]) Vgl. auch die treffende Unterscheidung von E. Jacobi a. a. O. S. 72 ff.; er unterscheidet zwischen verläßlichen und unverläßlichen E. (Wg.)

[87]) Bürgerl. Recht a. a. O. S. 567.

[88]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 63.

[89]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 64, 69 Anmerkung 1 S. 72 ff.

[90]) We. u. Wg. S. 403, 539 ff., 560 ff., auch noch I. u. A. S. 263.

[91]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 101 Anm. 2.

[92]) S. Manigk I. u. A. S. 111, 242 ff., We. u. Wg. S. 186, 201 usw., Iher. Jhb. Bd. 83 S. 94 ff.

[93]) Daß durch die Zulassung der ungewollten E. den Wg. nicht die Grundlage entzogen wird, legt Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 100 dar.

§ 7.

Fragen des Zugangs und der Auslegung einer We.

A. Alle Mitteilungen bedürfen des Zugangs.

§ 130.

Auch hier auf diesem in der Rechtslehre so heftig umstrittenen Gebiet kann nur auf einige grundsätzliche Fragen eingegangen werden, und zwar nur insoweit, als sie uns für die Behandlung des § 120 interessieren. Die verschiedenen Lehrmeinungen gibt Brinkmann wieder [94]); seine eigne Stellungnahme ist aber ziemlich unklar. Er spricht einmal davon, daß der Tatbestand der We. „erst mit ihrem Zugang vollendet" sei (S. 30), läßt aber (S. 31) „die E.-Handlung" schon mit der Abgabe an den Boten vollendet sein. Es bleibt unklar, aus welchem Grund hierin eine Vollendung des Vorgangs erblickt wird. Rechtlich erheblich ist die Abgabe nicht. Die abgegebenen We. ist beliebig rückziehbar. Der Bote könnte einen abweichenden Auftrag erhalten. Vollendung tritt erst mit der Überführung der E. zum Empfänger ein.

Jede We. muß in den Wahrnehmungsbereich des Gegners gelangen, wenn sie rechtliche Wirkungen hervorrufen soll. Bestimmungen darüber enthält der § 130. Hier hat sich aber die Zitelmannsche Einteilung verhängnisvoll ausgewirkt. Er schuf die beiden Gruppen, die e. und die ne. We., und lehrte nun für die ersteren die Anwendung des § 130, für die letzteren aber, da sie angeblich keinen E.-Gegner hatten, daß sie „schon mit der Abgabe" wirksam sein würden. Es wurde schon gezeigt, daß es We. ohne E.-Gegner nicht gibt. Alle We. bedürfen im Sinne des § 130 zur Wirksamkeit des Zugangs. Die noch heute von der h. M. gemachte Einteilung besitzt nur eine untergeordnete Bedeutung, nämlich die eines Unterschiedes in der mehr oder weniger großen Bestimmtheit der E.-Gegner, berührt aber im übrigen das Wesen der We. in keiner Weise. Der Sinn des § 130 erschöpft sich darin, den Zugang aller erklärungsbestimmten We. vorzuschreiben, ganz gleich, ob sie empfangsbedürftig sind oder nicht, nur unter dem Gesichtspunkt, daß sie alle Mitteilungen an andere enthalten; er findet aber seine Grenze bei denjenigen Akten, die eine solche Mitteilung nicht erforderlich machen und für sie auch weder bestimmt noch geeignet sind. Fassen wir den § 130 so auf, so enthält er ein weiteres begriffswesentliches Tatbestandsmerkmal der We. Er regelt den Zugang jeder Mitteilung, von dem Grundsatz ausgehend, daß jede We. notwendig Mitteilung an einen anderen ist. Daß der § 130 auf die Wg. daher unanwendbar ist, wird auch in der Rechtslehre nicht verkannt [95]).

Aus dem Begriff der We. als Mitteilung aber ergibt sich weiter, daß sie tatbestandsmäßig erst dann beendet ist, wenn sie den Weg zum Empfänger durchlaufen hat. Dieses Ergebnis wird durch den § 120 bestätigt, denn nur so läßt es sich erklären, daß der Übermittlungsvorgang bei der We. so sehr zu der E.-Handlung gerechnet wird, daß er dem Absender trotz der unrichtigen Übermittlung zugerechnet wird [96]). Der Bote vollendet für den Herrn und auf dessen Gefahr den Weg der E.. Er übernimmt lediglich das, was sonst der Erklärende selbst herbeiführen müßte, nämlich die Ermöglichung der Wahrnehmung im Sinne des § 130

---

[94]) a. a. O. S. 30 ff. S. auch Brodmann in Ehrenbergs Hdb. Bd. 4 Abt. 2 § 4 S. 17 ff. und Arndt a. a. O. S. 4 ff.

[95]) Vgl. E. Jacobi a. a. O. S. 27 ff., Hölder, Kom. zu § 130, I S. 290, Manigk, insbes. in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 48, Planck-Flad, a. a. O. zu § 130 Anm. 9 S. 340 u. a.

[96]) Über die theoretische Konstruktion der unrichtigen Übermittlung s. des Näheren in § 11 A.

für den anderen. Dies trifft sowohl für mündliche als auch schriftliche We. zu; nur der Weg und das Mittel sind hier andere. So lehrt auch Manigk [97]), daß in allen diesen Fällen der Erklärende seine We. erst damit vollendet, daß er sie auf diesen Weg schickt, um sich ihrer zu entäußern und sie zum Gegenstand fremder Wahrnehmung zu machen. Erst mit Durchlaufung des Weges ist das Verhandlungsverhältnis mit dem anderen geknüpft. Dieser Gedanke gilt für alle Mitteilungen und Aussagen; daher findet § 130 auch, wie schon erwähnt, auf die Rechtshandlungsmitteilung (Anzeigen) Anwendung, da auch hier durch gewolltes Verhalten dem Gegner dieses zugänglich gemacht wird und dadurch bestimmte Vorstellungen bei ihm erweckt werden. Auch die Fragen des Zugangs werden von der Zurechnung beherrscht [98]). Zurechenbar ist aber nur ein solches Zugänglichmachen, das der Erklärende vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat. Durch diese Abstellung der Fragen des Zugangs auf die Schuld können bisher als unbillig empfundene Ergebnisse beseitigt werden [99]).

B. Fragen der Auslegung.

Der Zugang als Vollendung des Tatbestandes der We. begrenzt auch den Stoff für das Auslegungsmaterial. Die Auslegung greift praktisch nur da ein, wo es sich um zweifelhafte E. handelt. Bei klarem Wortlaut findet eine Auslegung nicht statt [100]). Die Auslegung, die in den §§ 133, 157 geregelt ist, bezweckt die Ermittlung des zugrunde liegenden wahren Willens, wie er sich aus den gesamten in Betracht zu ziehenden inneren und äußeren Umständen ergibt [101]). Sie kommt nur bei We. in Betracht, und zwar in gleicher Weise für die e. und ne. We. [102]). Doch ist das oben gesteckte Ziel der Auslegung nicht unbestritten. Eine objektivistische Auslegungsmethode, die insbesondere von Danz [103]) vertreten wird, sieht das Ziel der Auslegung in der Feststellung des rein objektiv zu nehmenden Sinnes der äußeren E.; der Richter habe an die Stelle der beiden Vertragsparteien „zwei verständige Menschen" zu setzen und nach diesem Maßstabe den Sinn der E. zu bestimmen. Dem haben sich einige andere Schriftsteller angeschlossen [104]). Demgegenüber steht die subjektivistische Auslegungsmethode auf dem Standpunkt, daß gemäß § 133 der wirkliche W. zu erforschen ist [105]). Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Zunächst einmal muß gegenüber der „realistischen" Auslegung betont werden, daß auch die subjektivistische niemals die Feststellung und Geltung eines überhaupt nicht in der E. zum Ausdruck gekommenen W.

---

[97]) Jher. Jhb. Bd. 83 S. 48 Anm. 2.

[98]) S. Manigk, Beitr. z. Wirtsch. R. a. a. O. S. 599.

[99]) Vgl. H. Arndt a. a. O. S. 21 ff. „Eine We. geht zu, sobald der Empfänger über die E. nur infolge überwiegend eignem Verschulden oder (falls beider Verschulden gleich) nur infolge überwiegend eigener Pflichtwidrigkeit in Unkenntnis sein kann." (S. 26.)

[100]) Manigk in I. u. A. S. 195, 205/6 u. a.

[101]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 192, I S. 634, Manigk in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 1 S. 437.

[102]) Manigk I. u. A. S. 211 ff., We. u. Wg. S. 334, 460 R.G. Festgabe Bd. 6 S. 205. Dieser Grundsatz hat sich in der Rechtslehre immer mehr durchgesetzt. Vgl. Larenz a. a. O., Enneccerus-Nipperdey I § 192 S. 636, H. Lehmann a. a. O. § 30 VI S. 202 ff., v. Tuhr a. a. O. II, 1 § 64 S. 534 ff.

[103]) Danz a. a. O. S. 78 und 92, ferner in Jur. Wochenschr. 1910 S. 2.

[104]) z. B. Frz. Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 34, III B.

[105]) So heute die h. M. u. a. Enneccerus-Nipperdey § 192, I S. 635, Manigk in I. u. A. S. 193, insbes. Jur. Wochenschr. 1930 Bd. 2, S. 2193 ff., v. Tuhr a. a. O. II, 1 S. 538, Planck-Flad a. a. O. zu § 133, 3.

gelehrt hat Auch sie ist, genau wie die objektivistische Methode, stets von der E. ausgegangen und hat nur dann den W. als erheblich angesehen, wenn er in der E. für den Gegner erkennbar zum Ausdruck gekommen ist[106]). Es kann gar nicht daran gezweifelt werden, daß die Auslegung nicht die Aufgabe haben kann, einen nicht erklärten Rechtsfolgewillen nun zur Erheblichkeit zu bringen. Das Maßgebende ist die E. Aber um festzustellen, ob der wirkliche W. auch tatsächlich in der E. erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, muß zunächst gefragt werden: Was haben die Parteien erklären wollen? Auf andere Weise kann die Frage nach dem maßgebenden E.-Wert nicht beantwortet werden. Man denke an das Beispiel, wo ein Erblasser von seiner Bibliothek spricht, damit aber seinen Weinkeller meint. Hier muß auf den wirklichen W. des Erblassers eingegangen werden, denn auch hier ist die entscheidende Auslegungsfrage die, ob der wirkliche W. (Weinkeller) in der E. für den Adressaten erkennbar gewesen ist. Kannte der Empfänger diese Bezeichnung, so zeigt sich hierin zugleich auch, daß es im Gegensatz zu Larenz[107]) nicht auf die Verständnismöglichkeit, sondern auf die Verständniswirklichkeit ankommt[108]). Larenz, der im Anschluß an Manigk die Zurechnung und die Verantwortlichkeit für die Probleme der Auslegung herangezogen hat, versucht den bei der Auslegung zutage tretenden Dualismus zwischen dem W. und der E. durch die Auffassung der We. als Geltungserklärung zu überwinden[109]). Es ist ihm dies aber nicht gelungen; die We. ist nicht nur Geltungserklärung, sondern sie ist auch, wie oben schon ausführlich dargestellt wurde, Mitteilung des Rechtsfolgewillens an andere. Zudem ist der Dualismus, den Larenz zu überwinden sucht, tatsächlich Gesetzesrecht, wie die §§ 116ff. zeigen. Hier vermag gerade der abweichende W. den äußeren E.-Tatbestand zu vernichten! Die ganze Lehre Larenz von der Auslegung leidet daran, daß der Verfasser es unterlassen hat, seinen Ausführungen den gesetzlichen Begriff der We. und die Rechtsprechung zugrunde zu legen. Hätte er dies getan, so wäre ihm auch die Verschiedenartigkeit der Zurechnung bei den We. und Wg. nicht entgangen.

Auch Himmelschein[110]) legt seinen Ausführungen nicht den legalen Begriff der We. zugrunde. Er entscheidet aber durchaus richtig, daß bei „E. ohne Gegenpartei" das innerlich Gewollte gilt, auch wenn es keinen genügenden Ausdruck gefunden hat, daß dagegen bei „E. mit einem Geschäftsgegner" das innerlich Gewollte nur dann gilt, wenn es bei beiden Parteien übereinstimmt[111]). Es bleibt bei Himmelschein aber unklar, welchen Gegenstand er mit den E. mit und ohne Geschäftsgegner erfassen will. Meint er damit die von der h. M. gemachte Einteilung in e. und ne. We., so dürfte seine Auslegungslehre den Er-

---

[106]) Manigk hat wiederholt darauf hingewiesen, daß sich hinsichtlich der Auslegung die E. als superior erweist. S. z. B. in Jur.Wo. 1930 Bd. 2 S. 2194/5 ff., I. u. A. S. 83, R.G. Fsteg. Bd. 6 S. 146 ff., We. u. Wg. S. 154, 158 ff., 163.

[107]) a. a. O. S. 73.

[108]) S. dazu Manigk in Jher. Jhb. Bd. 75 S. 130 ff. Insbesondere hat Manigk in I. u. A. S. 192 ff. und 194, ferner in R.G. Festg. Bd. 6 S. 195 gezeigt, daß auch das Reichsgericht in der Auslegungslehre stets einer auch subjektivistisch bestimmten Methode folgt. S. auch v. Tuhr II, 1 S. 570 und Enneccerus-Nipperdey I § 192 S. 633 ff.

[109]) a. a. O. S. 69. Vgl. die Besprechung der Larenz'schen Auslegungslehre durch Manigk in Jur. Wochenschrift 1930 Bd. 2 S. 2193 ff. Manigk zeigt hier, daß Larenz mit seiner Geltungserkl. die Erheblichkeit des W. leugnet und eine E.-Theorie vertritt.

[110]) S. a. a. O. und Manigks Besprechung in Jur. Wochenschr. 1931 Bd. 2 S. 2225.

[111]) a. a. O. S. 27.

gebnissen der Zurechenbarkeit und denen des Begriffes der We. widersprechen. Seine Lehre trifft dagegen auf die Verschiedenartigkeit der Auslegung bei We. und Wg. zu. Bei letzteren fehlt sowohl der Zurechnungsgegenstand als auch der Zurechnungsgrund, da der Erklärende keine Mitteilung einem Dritten zugänglich macht. Bloße Zufallszugänge können aber eine solche Zurechenbarkeit niemals begründen, ganz abgesehen davon, daß eine Begrenzung des Auslegungsmaterials, wie es bei den We. durch die zugänglich gemachte E. erfolgen kann, hier einfach unmöglich ist. Bei Wg. entscheidet daher stets der wirkliche W. des Handelnden. Himmelschein verkennt aber auch die Bedeutung der Feststellung des inneren W. bei der Auslegung. Es ist ganz unmöglich, den zurechenbaren E.-Wert eines Verhaltens anders als vom W. des Erklärenden aus zu bestimmen. Es wurde schon weiter oben darauf hingewiesen, daß Sinn und Inhalt der E. nicht nur objektiv, sondern gemäß § 133 mit Rücksicht auf den W. bestimmt werden. Erst wenn wir wissen, was der Erklärende zum Ausdruck bringen wollte, können wir die weitere Frage stellen, ob der W. auch in der E. für den Gegner erkennbar zum Ausdruck gekommen ist. Die neuere Rechtslehre erkennt immer mehr an, daß die Auslegung nicht nur einseitig die Interessen des E.-Gegners zu berücksichtigen, sondern daß der Grundsatz von Treu und Glauben die Interessen beider Parteien zu schützen hat [112]). Das Gesetz rechnet mit der Schwierigkeit, sprachlich richtig zu erklären und betont daher die Auslegung auch im Blickfeld des Erklärenden. Es berücksichtigt dabei, daß der Erklärende seinen Rechtsfolgewillen dem anderen nur dadurch kundbar machen kann, daß er die diesem verständlichen Ausdrucksmittel gebraucht und verwendet deshalb in § 157 denselben Verständigungsschlüssel, unter dem der Handelnde auch erklärte, als methodisches Mittel zur Erforschung des wirklichen W.

Nach dem Dargelegten umfaßt die Auslegung daher drei Grundfragen:

1. Was ist erklärt?
2. Was ist gewollt?
3. Ist der W. in der E. erkennbar zum Ausdruck gekommen?

Es muß eingesehen werden, daß die Beantwortung der ersten Frage nicht schon die Beantwortung der dritten Frage bedeutet, daß diese aber die entscheidende ist.

Manigk schlägt folgende verständlichere Fassung des § 133 vor:

„Bei der Auslegung einer We. ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche der E. zugrunde liegende W. zu erforschen und zu prüfen, ob er in der E. zum erkennbaren Ausdruck gelangte“ [113]).

§ 8.

Die Anfechtung des § 120 setzt die Zurechnung des E.-Wertes voraus.

Im Rahmen des § 120 gibt es nur vorsätzliche We. Es wurde schon gezeigt, daß eine Übermittlung nur bei Mitteilungen an andere erfolgen kann. Wer sich zwecks Mitteilung an einen anderen wendet, schafft ein die Zurechnung begründendes Vertrauensverhältnis, aus dem sich die oben dargelegten Rechtspflichten

---

[112]) Larenz a. a. O. S. 7, Manigk in I. u. A. S. 80 Anm. 1a, 91, 200/1, Iher. Jhb. Bd. 83 S. 52/3.

[113]) I. u. A. S. 202, 278, in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 1 S. 428 ff. (Artikel: Auslegung), insbes. S. 439. S. auch Enneccerus-Nipperdey § 192 S. 663 ff.

zum verkehrsmäßigen Verhalten ergeben. Der Handelnde ist verpflichtet, richtig zu erklären, andererseits ist der Gegner verpflichtet, unter Beobachtung der auch ihm obliegenden Rechtspflichten den verkehrsmäßig richtigen Rückschluß zu ziehen. Auf diese Weise wird in zweifelhaften Fällen durch die Auslegung der E.-Wert ermittelt und dabei unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung zugleich gefragt, ob der Erklärende für diesen verantwortlich gemacht werden kann. Erst wenn diese Frage bejaht ist, kommt überhaupt eine Anfechtung nach § 120 in Betracht. Die Zurechnung eines Verhaltens setzt dessen rechtsmaßgebliche Sinnbestimmung voraus. Letztere ist, wie wir gesehen haben, ohne die Erforschung des wirklich Gewollten nicht erfaßbar. So zeigt sich auch schon in der primären Zurechnung die Erheblichkeit des Willens, ohne daß er für sie allein bestimmend sein könnte. Es muß immer wieder betont werden, daß der Gegenstand jeder Auslegung die E. ist, und daß die schuldhafte Verletzung der durch Treu und Glauben gebotenen Verständigungsgrundsätze die primäre Zurechnung erzeugt. *Was dem Erklärenden nicht zurechenbar ist, scheidet von vornherein für die Anwendung des § 120 aus*; dieser setzt stets die primäre Zurechenbarkeit einer E. voraus. Wird die Zurechenbarkeit des E.-Wertes bejaht, so ist es auch mit Hilfe der Auslegung niemals möglich, dem in der E. nicht zum Ausdruck gekommenen W. zur Geltung zu verhelfen; die Auslegung hat, so sehr sie den wirklichen Willen zu berücksichtigen hat, mit der Klarstellung des E.-Wertes ihr Ende erreicht. Bei einem nun offenbar werdenden Zwiespalt zwischen W. und E. greifen die Bestimmungen der §§ 116 ff. ein, die dem Willensschutz entspringen und heben die primäre Verantwortung durch die endgültige Zurechnung auf. Übrig bleibt die Schadensersatzpflicht nach § 122. Das ist das System, nach dem die später zu besprechenden Grenzfälle im Anwendungsgebiet des § 120 zu behandeln sind.

I.

Bevor auf diese besonderen Fragen eingegangen werden kann, muß das Anwendungsgebiet des § 120 allgemein auch gegenüber den Wg. und Rh. abgesteckt werden. Diese Untersuchung ist trotz der bestimmten Bezeichnung des Übermittlungsgegenstandes, nämlich der We., erforderlich, da der Begriff der We. sehr bestritten ist, zum anderen aber auch die Bezeichnung „We." in § 120 nur den äußeren E.-Tatbestand umfaßt, und endlich auch deshalb, weil vielleicht eine sinngemäße Anwendung in Betracht gezogen werden könnte.

Nach dem bisher Gesagten scheiden die Wg. ohne weiteres aus dem Anwendungsgebiet des § 120 aus, da sie keine Mitteilung an einen anderen enthalten und daher auch keine Zurechenbarkeit begründen können. § 120 setzt stets eine Mitteilung voraus, indem sonst eine Übermittlung durch einen Boten gar nicht in Betracht kommen kann. Nehmen wir ein Beispiel. Ein Verbrecher befindet sich im Besitz einer Mordwaffe; da er eine Haussuchung befürchtet, wirft er sie des Nachts heimlich in einen Fluß, in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Er hat dadurch ohne Zweifel den Tatbestand des § 959 erfüllt. Wo aber liegt hier eine E. an einen anderen oder an schutzbedürftige Dritte? Der Verbrecher will keine Mitteilung an andere machen; er will im Gegenteil die Geheimhaltung seines Verhaltens. § 120 scheidet für diese Fälle ohne weiteres aus, denn es liegt einmal keine Mitteilung vor. Zum anderen würde es auch an der Voraussetzung der Übermittlung fehlen, wenn er etwa einen Gehilfen mit der Handlung beauftragt hätte.

II.

Der Tatbestand ändert sich jedoch sofort in dem Fall, wo der Handelnde statt der Möglichkeit einer willensgeschäftlichen Vornahme des Rg. trotzdem zur Mit-

teilung seines Rechtsfolgewillens schreitet. Auch hierfür ein Beispiel. Dem A. wird von C. ein Buch zugesandt; das Buch gefällt ihm, und er beauftragt den B., dem C. seine Annahmeerklärung zu überbringen. Der B. übermittelt unrichtig die Annahme eines anderen dem A. ebenfalls zugeschickten Buches. Hier findet § 120 Anwendung; trotzdem die stillschweigende Vertragsannahme nach herrschender und richtiger Lehre [114]) ein Wg. darstellt, so hat doch A. zur Vornahme des Rg. sich hier der We. bedient und eine Mitteilung an den C. über seinen Rechtsfolgewillen gemacht. Mit dieser Verhandlung mit C. entsteht die Zurechenbarkeit der E. für A. A. hat in diesem Falle eine We. abgegeben. Wann A. nun im Einzelfall willensgeschäftlich handelt oder eine Mitteilung durch We. macht, ist leicht feststellbar. Man muß sich nur davor hüten, in jeder Handlung, z. B. in dem vorigen Fall in dem Wegwerfen der Mordwaffe, eine Mitteilung an andere zu sehen. Ein etwa gerade zufällig an dieser Stelle vorbeikommender Nachtwächter ist nicht Adressat dieser E., da ihm gegenüber nichts erklärt wird.

Schwieriger gestaltet sich die Anwendung des § 120 auf die Rechtshandlungen im engeren Sinne. Wir haben sie im Anschluß an Manigk [115]) bestimmt als diejenigen juristischen Handlungen, deren Wirkungen auf Grund gesetzlich geregelter Tatbestandsmerkmale ex lege und ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen eintreten. Damit stellen wir sie in einen grundsätzlichen Gegensatz zu den Rg. Die Rechtshandlungen sind untereinander auch wieder sehr verschieden. Im einzelnen muß hier auf die Ausführungen insbesondere von Enneccerus-Nipperdey [116]), Klein [117]), Lehmann [118]) und Manigk [119]) hingewiesen werden. Es ergibt sich dabei eine Dreiteilung in die rein äußeren Handlungen, wie Verarbeitung, Schatzerwerb, Fund usw., in die mit inneren Tatsachen verbundenen Handlungen, worunter unter anderem die Wohnsitzbegründung, Verzeihung und Geschäftsführung ohne Auftrag zu rechnen sind, und endlich in die Mitteilungen, die sich wiederum in Vorstellungs-(Anzeigen) und Willensmitteilungen (Mahnung, Widerspruch, Androhung usw.) gliedern [120]). Es besteht heute Einigkeit darüber, daß bei den rein äußeren Handlungen, mitunter auch Realakte oder Tathandlungen genannt [121]), bei denen der rechtliche Erfolg durch die tatsächliche Vornahme herbeigeführt wird [122]), die Vorschriften über die We. keine Anwendung finden. Auch eine entsprechende Anwendung wird allseitig abgelehnt [123]). Es fehlt hierbei sowohl eine die Zurechnung begründende Mitteilung an einen Dritten (erklärungsträchtiges Verhalten), als auch ein die Haftpflicht nach den §§ 120, 122 erzeugender Rechtsfolgewille. Diese Akte scheiden daher für unsere Betrachtung ohne weiteres aus. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß zur Vornahme dieser Handlungen nun überhaupt keine Boten oder Gehilfen verwendet werden könnten. Das ist bei allen tatsächlichen Akten

---

[114]) S. statt vieler Manigk in Jher. Jhb. Bd. 83 S. 64, 69, 74 und in Jur. Wo. 1931 Bd. 2 S. 2225, woselbst auch weitere Literatur.

[115]) Manigk in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 4 S. 664 ff., insbesondere S. 666; Jher. Jhb. 83 S. 9.

[116]) a. a. O. § 128 S. 411 ff., 413.

[117]) a. a. O. S. 26, 27.

[118]) a. a. O. § 38 S. 328 ff.

[119]) We. u. Wg. S. 651 ff., Jher. Jhb. Bd. 83 S. 6 ff. Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 4 S. 669 Ziffer 5.

[120]) Über die Einteilung s. Manigk in Jher. Jhb. Bd. 83 S. 36.

[121]) Enneccerus-Nipperdey § 194, III u. II S. 648 ff., § 128 Anm. 18 S. 417, v. Tuhr II, 1 S. 103 ff.

[122]) S. dazu Klein S. 30 a. a. O., Manigk in We. u. Wg. S. 625 ff.

[123]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 128, IV, 2b S. 417, § 194, III S. 650, Lehmann a. a. O. § 38, III S. 330, Manigk We. u. Wg. S. 675, Jher. Jhb. Bd. 83 S. 26, v. Tuhr a. a. O. II. 1 S. 361 u. a.

durchaus möglich; die Frage einer unrichtigen Übermittlung entsteht hierbei aber niemals [124]).

Nicht so einfach gestaltet sich die Behandlung der beiden anderen Gruppen von Rh. Die Rechtslehre bezeichnet sie zumeist als geschäftsähnliche Handlungen [125]) und lehrt für sie, wie ja auch der ein Werturteil enthaltene Ausdruck schon andeutet, die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die We. Bei ihnen soll also eine Anfechtung, Stellvertretung, Bedingung usw. möglich sein, genau wie bei den einen Rechtsfolgewillen voraussetzenden We. auch. Dabei wird aber ohne jede nähere Prüfung eine Analogie getrieben, die bei der Artverschiedenheit von Rg. und Rh. auf den ersten Blick zumindest doch recht bedenklich erscheint. Schon allein die Tatsache, daß die Rh. rein ex lege ohne Rücksicht auf den wirklichen W. wirken, die Bestimmungen für die We. aber sämtlich durch den Rechtsfolgewillen bedingt sind, zeigt, daß die als geschäftsähnlich hingestellten Rh. in Wirklichkeit eben nicht geschäftsähnlich, sondern sehr verschieden sein müssen. Wir betrachten zunächst die von Manigk als „mit inneren Tatsachen verbundenen Rh." bezeichnete Gruppe und nehmen hier den Tatbestand der Verzeihung als Beispiel. Die Rechtsnatur derselben ist in der Rechtslehre bestritten [126]). Wir haben festgestellt, daß § 120 stets eine Mitteilung an einen anderen voraussetzt und daß nur in diesen Fällen eine Zurechnung Platz greift. Es erhebt sich somit bezüglich der Verzeihung die Frage: Ist sie Mitteilung an einen anderen und wird sie dem Handelnden deshalb zugerechnet, oder wirkt sie allein um einer inneren Tatsache willen [127]). Auch hier hat sich die Figur der Zurechnung als fruchtbar erwiesen. Sie hat gezeigt, daß es bei der Verzeihung nicht auf das ankommt, was einem Dritten zugänglich gemacht worden ist, sondern daß das allein Entscheidende die wirkliche Gesinnung ist. Das hat Manigk sowohl aus der ratio der in Frage kommenden Bestimmungen als auch aus deren Entstehungsgeschichte nachgewiesen [128]). Damit aber ist die Nichtanwendung der §§ 116 ff. dargetan, da diese unter der Voraussetzung einer Zurechnung stehen. Eine solche findet bei der Verzeihung nicht statt, da der einem Dritten zugänglich gewordene Sinn des Verhaltens des Verzeihenden nicht auf einer gewollten und bewußten Mitteilung zu beruhen braucht. Das Ergebnis ist also, daß auch bei den „mit inneren Tatsachen verknüpften Handlungen" eine Anwendung des § 120 nicht in Frage kommt, da es hier, übrigens ähnlich wie bei den Wg., an einer zurechenbaren Mitteilung gegenüber einem Dritten fehlt. Doch kann auch hier — man denke nur an die Wohnsitzbegründung — eine Mitteilung an einen Dritten stattfinden [129]).

Die dritte Gruppe der Rh. endlich, die Mitteilungen, nähern sich am stärksten den We. insofern [130]), als sie ebenfalls Mitteilungen an andere darstellen. Sie sind gleichfalls Aussage und Kundgabe eines Geschehens; auch ihnen ist die Anknüpfung der Sonderbeziehung zu einem Dritten wesentlich. Es wurde schon oben dargelegt, daß auf sie der § 130 Anwendung findet; es ergibt sich aber weiter, daß auch die §§ 133, 157 auf sie angewendet werden müssen, da die Zurechnung bei ihnen durchaus die gleiche ist, wie bei den We. auch. Genau wie

---

124) S. dazu Manigk a. a. O. We. u. Wg. S. 675 ff.

125) S. z. B. die Einteilung von Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 128, III S. 413 ff.

126) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2, 2. Abt. § 209, III, 5 bezeichnet sie als rechtsgeschäftliche We. Dagegen mit Recht die h. M., die sie als Rh. auffaßt. S. statt vieler Oertmann, Komment. a. a. O. 2. Buch, 2. Abt. zu § 532 S. 730 ff.

127) Manigk in Iher. Jhb. Bd. 83 S. 27.

128) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 29 ff., We. u. Wg. S. 629, 697 ff. S. auch R.G. in Z.S. Bd. 137 S. 48 ff.

129) Klein a. a. O. S. 74 und 98, Manigk in We. u. Wg. S. 694.

130) S. dazu Manigk in We. u. Wg. S. 701 ff.

dort beruht dieselbe auch hier auf dem bewußten und gewollten Zugänglichmachen eines Verhaltens an einen Dritten. Dadurch unterscheiden sich die Rechtshandlungsmitteilungen wesentlich von den beiden anderen oben besprochenen Gruppen der Rh. Bei ihnen besteht ebenfalls die Möglichkeit der unrichtigen Übermittlung, denn jede Mitteilung kann auch durch Boten zugänglich gemacht werden. Bedarf es nun einer Anfechtung dieser unrichtig übermittelten Mitteilungen und tritt infolge derselben eine Schadensersatzpflicht nach § 122 ein? Trotz gleichartiger Zurechnungsgrundlage wird man u. E. diese Fragen verneinen müssen, und zwar aus folgenden Gründen: Zwischen den Rh. und den Rg. besteht der bezeichnete grundsätzliche Unterschied. Während die We. bezweckt, dem Gegner als Mitteilung einen Rechtsfolgewillen kundzutun und dadurch den Eintritt einer Rechtsfolge herbeiführt, verfolgt die Rechtshandlungsmitteilung einen anderen Zweck. Durch sie will der Handelnde nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung schreiten, sondern dem anderen lediglich ein tatsächliches Geschehen mitteilen. Die Folge dieser Mitteilung ist die faktische Kenntnis des Gegners von dieser Tatsache. Manigk bringt ein gutes Beispiel in der Gegenüberstellung einer Zessionsofferte nach § 398 und einer Zessionsanzeige nach § 409. Während die erstere als autonomer Gestaltungsakt in den Rechtsbereich des Dritten eingreift und dort Wirkungen hervorruft, setzt die Zessionsanzeige den Schuldner nur von einem wirklichen Vorgang in Kenntnis, indem er ihm lediglich eine Tatsache mitteilt, an welche sich dann ganz unabhängig vom Rechtsfolgewillen des Handelnden die legale Wirkung des § 409 knüpft. Würde diese Anzeige irrtümlich erfolgen und würde man gemäß § 119 oder, wenn die Abirrung durch falsche Mitteilung eines Boten erfolgt, gemäß § 120 eine Anfechtung zulassen und dann nach § 142 die Anzeige als von Anfang an nichtig ansehen, so würde der durch § 409 dem Schuldner gewährte Schutz zerstört werden. Gerade um dies zu verhindern, hat das Gesetz die eintretende Legalwirkung vom Rechtsfolgewillen unabhängig gemacht. Sie tritt daher auch bei einer unrichtig übermittelten Anzeige ein [131]). § 122 findet keine Anwendung, da der Schuldner nur in der durch § 409 bezeichneten Form geschützt wird. Aus alledem folgt, daß eine durch Boten entstellte Anzeige nicht nach § 120 anfechtbar ist, sondern daß sie richtig gestellt werden muß [132]). Die Anzeige bleibt aber bis zur Richtigstellung wirksam; es ist insofern Brinkmann [133]) nicht beizutreten, der sie für unwirksam erklärt. Eine solche Auffassung würde schon dem Schutzgedanken des § 409 widersprechen.

Dieses Ergebnis beruht auf der wesentlich anderen Struktur der Rh. und ist in ihr begründet. Wo nur ein empirisches Geschehen der Vergangenheit mitgeteilt wird und das Gesetz an diese Mitteilung unabhängig von einem Rechtsfolgewillen Rechtsfolgen knüpft, da zeigt es, daß diese Wirkungen nicht wegen eines abweichenden Rechtsfolgewillens anfechtbar sind. Die Richtigstellung einer falschen Anzeige ist lediglich Pflicht des Anzeigenden, deren Verletzung ihm unter Umständen Nachteile bringen kann. (§ 409!)

Endlich ist noch zu bemerken, daß die Rechtsnatur eines Aktes durch das Gesetz bestimmt wird; eine Rh. wird daher nicht zur We., wenn der Erklärende den gesetzlichen Erfolg herbeiführen wollte. Die Rechtsordnung knüpft hier aus eignen Gründen reine Legalwirkungen an, die auch stets dann eintreten, wenn der Handelnde vielleicht mit der Anzeige etwas ganz anderes bezwecken wollte [134]). Die Rechtsordnung hat diese Tatbestände der Parteidisposition entzogen.

---

[131]) Iher. Jhb. Bd. 83 S. 19 ff.

[132]) Brinkmann a. a. O. S. 60 Anm. 263, Klein a. a. O. S. 169, Manigk in Iher. Jhb. 83 S. 20 ff. usw.

[133]) S. Anm. 2.

[134]) S. auch Manigk in Hdwb. der Rechtsw. Bd. 4 S. 667, 669, Bd. 6 S. 309, Staudinger-Riezler a. a. O. Bd. 1 Einleitung vor § 104 S. 396, v. Tuhr a. a. O. II, 1 S. 107 ff.

II. Teil:

Besonderer Teil.

§ 9.

Vorbemerkung.

Im besonderen Teil sollen die einzelnen Voraussetzungen des § 120 näher untersucht werden und dabei auf einige in der Rechtslehre und Rechtsprechung zutage getretene Streitpunkte eingegangen werden. Im allgemeinen Teil wurde versucht, die Grundsätze zur Lösung dieser Probleme klarzustellen, und zwar von dem übergeordneten Begriff der We. aus; es zeigte sich dabei, daß auch die Vorschrift des § 120 auf das engste mit dem Begriff der We. zusammenhängt und erst durch ihn verständlich wird.

III. Kapitel:

Die Voraussetzungen des § 120 im einzelnen.

§ 10.

Die Willenserklärung als Gegenstand der Übermittlung.

§ 120 bezeichnet als Gegenstand der Übermittlung eine We. Wir haben ihren Begriff klargestellt und sie bestimmt als die vom Rechtsfolgewillen des Erklärenden getragene Mitteilung desselben an einen anderen. Es wurde gezeigt, daß auch die meisten sog. ne. We. Mitteilung an andere enthalten und daher ebenfalls nach § 120 unrichtig übermittelt werden können [1]). Man denke an den Fall einer Auslobung, die durch Versehen eines Druckereigehilfen völlig entstellt in der Zeitung erscheint. Es wurde ferner dargetan, daß § 120 dagegen auf Wg. und Rh. keine Anwendung finden kann. Es scheiden weiter aus seinem Anwendungsgebiet alle diejenigen E. aus, die keine rechtsgeschäftliche We. darstellen, so z. B. die unrichtige Übermittlung einer rechtlich belanglosen Einladung zu einem Spaziergang, Nachrichten familiären Inhalts und ähnliche Akte. Hierhin dürfte auch das so oft angeführte Beispiel aus Roseggers Novelle „Sonnenschein" zu rechnen sein [2]), wo der Dorfwirt durch seinen Hausburschen die Bauern zu einer Freidenkerversammlung einladen läßt, der Bursche, der sich aber darunter nichts vorstellen kann, statt dessen zu einer Freitrinkerversammlung einläd. Hier fehlt es an einer rechtsgeschäftlichen E. des Wirtes überhaupt [3]).

---

[1]) S. Oertmann a. a. O. Bd. 1 zu § 120 Ziffer 7 S. 414, Brinkmann a. a. O. S. 49.

[2]) S. Dernburg, Lehrb. Bd. 1 S. 490 Anm. 31.

[3]) So auch Schulze a. a. O. S. 20.

Meinungsverschiedenheiten bestehen in der Rechtslehre aber in den Fällen, wo eine tatsächliche, nichtrechtsgeschäftliche E. dem Boten zur Übermittlung aufgetragen wird, derselbe diese aber in eine solche von rechtsgeschäftlichen Inhalt verwandelt. Breit [4]) bringt hierfür ein anschauliches Beispiel: A. telegraphiert dem B.: „Taufe ein Uhr". Die dem B. zugegangene Ausfertigung des Telegramms lautet aber: „Kaufe eine Uhr". Muß der A. hier anfechten und nach § 122 Schadensersatz leisten, weil die von dem Boten abgegebene E. als seine eigne zuzurechnen ist, oder kommt es lediglich darauf an, welcher Art die dem Boten aufgetragene E. gewesen ist? Letztere Ansicht wird wohl am häufigsten vertreten [5]). Die Nichtanwendbarkeit des § 120 in diesen Fällen wird vor allem damit begründet, daß dem Boten, der ja nur Sprachrohr des Herrn sei, auch wirklich eine juristische We. aufgetragen sein müsse; „die Anwendung der Norm setze die Existenz des W. zur Verwirklichung des tatsächlichen Vorgangs, den sog. E.-Wert voraus" [6]). Genau so wie in § 119 nur ein Irrtum über Rechtsfolgen erheblich sei, so erfordere die gleiche Behandlung auch in § 120, daß die unrichtige Übermittlung eine Abirrung nur bezüglich der rechtlichen Folgen darstelle. Des weiteren wird geltend gemacht, daß das BGB. auf dem Willensprinzip aufgebaut sei und daß daher der W. des Erklärenden nicht gänzlich unbeachtet bleiben könne, daß andererseits ein allgemeiner Schutz des gutgläubigen Empfängers nicht anerkannt werden könne [7]).

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die (primäre) Zurechenbarkeit beruht, wie gezeigt wurde, lediglich auf dem äußeren E.-Tatbestand und dessen E.-Wert. Dieses Verhalten wird zugerechnet, ganz gleichgültig, ob es dem Rechtsfolgewillen oder einem Mitteilungsbewußtsein entspringt. Es wurde schon dargetan, daß es nicht nur eine Zurechnung vorsätzlicher E.-Akte gibt, daß vielmehr auch der fahrlässig bewirkte Schein zunächst zugerechnet wird. Man denke nur an den Fall, wo ein Direktor, der seinen Sekretär beauftragt hat, alle in einem bestimmten Fach liegenden Schreiben an die betreffende Adresse zu befördern, auch einmal gedankenlos ein noch nicht oder erst einige Tage später zur Absendung bestimmtes Schreiben in dieses Fach gelegt hat. Hier wird dem Direktor der E.-Wert seines verfrühten Schreibens auch zugerechnet, trotzdem er die E. in diesem Zeitpunkt nicht gewollt hat, da eine Zurechnung auch dann stattfindet, wenn durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt der Zugang schuldhaft verursacht wird [8]).Die primäre Zurechnung knüpft daher allein an den E.-Wert an, wie er dem Dritten durch zurechenbares Verhalten zugänglich gemacht worden ist. So ist auch die dem Boten aufgetragene nichtrechtsgeschäftliche, von diesem aber in eine rechtsgeschäftliche verwandelte E. dem Erklärenden zurechenbar. Die Fälle liegen ähnlich denjenigen in § 119, wo der Erklärende sich verspricht oder verschreibt und statt einer nichtrechtsgeschäftlichen E. eine solche von rechtsgeschäftlichem Inhalt abgibt. Auch hier findet eine primäre Zurechnung statt. Diese Ansicht entspricht aber auch dem Gedanken des § 120. Danach ist die We. erst dann vollendet, wenn sie dem E.-Empfänger zugeht. Die durch den Bo-

---

[4]) a. a. O. S. 161.

[5]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 146, V S. 436, Franke a. a. O. S. 32 ff., Breit a. a. O. S. 156 ff. Oertmann, Komment. Bd. 1 zu § 120, 5a S. 412/3, Planck, Komment. zu § 120, 1a, S. 292, Schmalfuß a. a. O. S. 30 ff., Schulze a. a. O. S. 23 ff., Voßwinkel, Diss. a. a. O. S. 23 ff.

[6]) Schulze a. a. O. S. 24.

[7]) Schulze a. a. O. S. 24/5.

[8]) S. dazu Manigk in I. u. A. S. 251, Beitr. zum Wirtsch. R. a. a. O. S. 649 ff., Brinkmann a. a. O. S. 56. In diesen Fällen findet aber entgegen Brinkmann niemals § 120, sondern stets § 119 Anwendung; vgl. ferner Arndt S. 25 ff.

ten abgegebene We. ist daher die eigentliche E.; nur diese wird dem Erklärenden in § 120 als seine eigne zugerechnet. Die E. an den Boten ist demgegenüber bedeutungslos, da sie dem Dritten ja nicht zugänglich gemacht wird. Daher kann es auf sie bei der Beurteilung der Zurechnung auch nicht ankommen; ihre Bedeutung erschöpft sich allein in der Feststellung des wirklichen W. zur Begründung der Anfechtung. Es ist zudem ein Widerspruch, wenn die Vertreter der ersten Ansicht einmal die dem Boten gegenüber abgegebene E. als die entscheidende hinzustellen versuchen, kurz vorher aber noch erklärt haben, daß die von dem Boten gegenüber dem Dr.tten abgegebene E. dem Absender als seine eigne zugerechnet werde [9]). Auf den Wortlaut des § 120 kann man sich schon deshalb nicht berufen, da der dort gebrauchte Ausdruck We. nicht in dem begrifflichen, sondern im Sinne eines nur die Außenseite einer We. umfassenden Tatbestandes gebraucht wird, wie sich schon darin zeigt, daß das Gesetz auch die unrichtig übermittelte E. noch als We. bezeichnet, trotzdem ihr ein entsprechender Rechtsfolgewille nicht mehr zugrunde liegt. Das Ergebnis ist danach, daß es in § 120 genügt, wenn die zugegangene E. rechtsgeschäftlicher Natur ist, daß es dagegen nicht auf die Art der dem Boten gegenüber abgegebenen E. ankommt [10]). Es muß daran festgehalten werden, daß bei der primären Zurechnung stets nur entscheidend ist, welchen objektiven E.-Wert das durch den Boten getätigte Verhalten des Absenders gegenüber demjenigen hat, an den sich der Erklärende durch den Boten wendet.

§ 11.

Die Übermittlung.

A. Sie ist Bestandteil der Erklärungshandlung.

Der Zweck der Übermittlung besteht in dem Zugänglichmachen einer We. durch eine andere Person oder Anstalt. Der Erklärende tritt nicht selbst unmittelbar mit dem E.-Empfänger in Verbindung, sondern bedient sich hierzu aus irgendwelchen Gründen eines Mittelsorganes; er erklärt mittelbar. Dabei können Fehler entstehen, die ihren Grund in der mehr oder weniger großen Zuverlässigkeit der verwendeten Organe haben. Grundlegend für die Behandlung der dadurch entstehenden Haftungsfragen ist das Wesen der Tätigkeit, die in § 120 als Übermittlung bezeichnet wird, und die Klarstellung ihrer gesetzlichen Zurechnung. Wir haben die Frage schon gestreift; sie berührt sich eng mit den in § 10 behandelten Fragen.

Es bieten sich theoretisch zwei verschiedene Möglichkeiten. Man kann die Tätigkeit des Übermittlungsorganes einmal so auffassen, daß man den Übermittler lediglich als den Träger einer bereits vollendeten We. betrachtet. Der Erklärende gibt die zu übermittelnde E. an den Boten ab und die Übermittlung hat diese zum Gegenstand als eine vollzogene [11]). Auch Titze [12]) muß wohl zu dieser

[9]) So Schulze a. a. O. S. 10 und S. 22 ff., desgl. Oertmann zu § 120.

[10]) Dieses Ergebnis setzt sich in der Rechtslehre auch immer mehr durch. S. z. B. Aßmann a. a. O. S. 102 ff., Crome a. a. O. S. 421 ff., Bähr, Jher. Jhb. 14 S. 401, Brinkmann a. a. O. S. 55 ff., v. Tuhr a. a. O. II, 1 S. 411 ff., Hölder u. a. Schmalfuß a. a. O. S. 37 und Kornblum a. a. O. S. 39 lehren eine analoge Anwendung.

[11]) Binder, W. u. We. a. a. O. S. 109, Breit a. a. O. S. 156, Fromm a. a. O. S. 54 ff., Lüthje a. a. O. S. 14, u. a.

[12]) Titze in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 3 S. 373 zu Ziffer 4.

Ansicht gezählt werden, wenn er ausführt, daß der Bote eine bereits abgegebene E. transportiere und der Zeitpunkt der E.-Abgabe in dem Augenblick zu finden sei, wo der Bote mit seinem Auftrag abgesendet werde. Dem steht allerdings die Ansicht des gleichen Verfassers gegenüber, daß die E. erst wirksam werde, wenn der Bote dem Adressaten hinsichtlich ihrer die normale Wahrnehmungsmöglichkeit verschafft habe [13]).

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern, insbesondere Oertmann [14]), Planck [15]), Jung [16]) und andere [17]) vertreten den Standpunkt, daß die Übermittlung „als reproduzierender, dem Gegner gegenüber maßgeblicher Bestandteil der E. des Urhebers" zu betrachten sei und erst in der dem Empfänger gegenüber vollzogenen Formulierung bedeutsam werde. Zur Begründung berufen sich diese Schriftsteller darauf, daß bei der Auffassung der Übermittlung als zwei bereits vollendeter E. der Fall nicht in den Zusammenhang des Irrtums, sondern streng genommen zum Dissens gehöre, da die beiden in sich vollendeten E. — d. i. einmal die E. des Absenders an den Boten und zum anderen die des Boten an den Empfänger — nicht übereinstimmen, während jede von ihnen sich mit dem wahren Geschäftswillen ihres Urhebers decke. Des weiteren stützt man sich auf die rechtspolitische Notwendigkeit, die erfordere, daß die von dem Übermittlungsorgan abgegebene E. als die des Erklärenden selbst zu gelten habe [18]).

Die Lösung dieser Streitfrage ergibt offenbar der § 120 selbst. Wenn es dort heißt, daß eine unrichtig übermittelte We. unter den gleichen Voraussetzungen wie eine nach § 119 irrtümlich abgegebene angefochten werden kann, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß es sich um die E. des Auftraggebers handelt. Denn würde es sich nicht um dessen Erklärung handeln, so müßte sie von vornherein ungültig sein; in diesem Falle wäre aber eine Anfechtung undenkbar. Weiter kann auch die Gleichbehandlung mit den Irrtumsfällen nur auf der Anschauung beruhen, daß ähnlich wie in § 119 auch in § 120 ein Irrtum in der E.-Handlung vorliegt; genau so wie der Erklärende in § 119 die falschen Worte gebraucht, bedient er sich in § 120 des falsch übermittelnden Boten. Dies ist im wesentlichen auch der Inhalt der Begründungen von Schulze [19]) und Brinkmann [20]). Entscheidend ist das aber nicht, denn es bleibt dabei immer noch die Frage offen, warum der Gesetzgeber in § 120 eine solche Regelung getroffen hat. Hier zeigt sich wieder deutlich die Notwendigkeit eines Eingehens auf die Grundlagen der We. Die theoretische Konstruktion der Übermittlung läßt sich richtig nur von dem Begriff der We. aus vornehmen. Wir haben gesehen, daß die We. legalbegrifflich notwendig Mitteilung an einen anderen ist; daraus folgt, daß sie tatbestandsmäßig stets erst dann vollendet ist, wenn sie dem Empfänger zugegangen ist. Die Tätigkeit des Erklärenden ist daher nicht schon mit der Abgabe der E. an den Boten vollendet, sondern stets erst dann, wenn er die We. so in den Wahrnehmungsbereich des Empfängers gebracht hat, daß dieser jederzeit die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme hat. Er kann sich hierzu der verschiedensten Wege bedienen, er kann unmittelbar oder mittelbar, ausdrücklich oder stillschweigend erklären, stets aber geht die E. bis zum Augenblick der fremden Wahrnehmungsmöglichkeit auf seine Gefahr. Wir haben diese Auffassung schon oben bei der Frage des Zu-

---

[13]) Titze, Mißverständnis S. 242.

[14]) Komment. a. a. O. zu § 120, 2a, b S. 411.

[15]) Komment. a. a. O. zu § 120, 1 S. 292.

[16]) Bürg. Recht a. a. O. S. 659.

[17]) v. Tuhr a. a. O. II, 1 S. 411, Lehmann a. a. O. § 34, III, 1d S. 252, Falkmann a. a. O. S. 28 usw.

[18]) S. insbesondere Oertmann, Komment. zu § 120, 2a S. 411.

[19]) a. a. O. S. 9 und 10.

[20]) a. a. O. S. 47.

gangs dargestellt und begründet. An dieser Stelle ist lediglich noch hervorzuheben, daß der Erklärende nur für einen solchen E.-Tatbestand verantwortlich gemacht werden kann, dessen Zugang er schuldhaft verursacht hat. Der Weg vom Erklärenden bis zum Empfänger wird hinsichtlich seiner Zurechnung von der Kausalität und der Schuld beherrscht. Nur da, wo die an den Empfänger übermittelte E. auf ein die Richtung gebendes Verhalten des Absenders ursächlich zurückzuführen ist, kommt eine Zurechnung in Frage. Dabei ist zu beachten, daß gemäß der Adäquanztheorie nur ein genereller, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechender Kausalverlauf eine Verursachung im Sinne des Zivilrechts darstellt. Die Zurechnung eines so verursachten Zuganges wird aber weiter durch verkehrsmäßige Schuld bestimmt, wobei die fahrlässige Herbeiführung desselben von Bedeutung ist. Auf diese wichtige Frage kann des Näheren erst bei der Begründung der Zurechnung bei den Einzelfragen eingegangen werden. Hier sollen sie nur zur Unterstützung unseres an die Spitze gestellten Satzes: „Die We. ist als Mitteilung tatbestandsmäßig erst mit ihrem Zugang vollendet", herangezogen werden.

Diese Auffassung liefert uns den Schlüssel zum Verständnis des § 120. Wenn das Gesetz bestimmt, daß die E. selbst dann dem Erklärenden noch zugerechnet wird, wenn sie von seinem Boten unrichtig übermittelt worden ist, so liegt darin die gesetzliche Bestätigung der Ansicht, daß die We. erst dann vollendet ist, wenn der Erklärende sie in den Wahrnehmungsbereich des Empfängers gebracht hat, und daß die Übermittlung so sehr zu der E.-Handlung gehört, daß ihre Fehlerhaftigkeit dem Erklärenden ebenso wie im Falle des § 119 zugerechnet wird. Der Erklärende wird erst dann von seiner Verantwortung frei, wenn er das seinerseits zur Ermöglichung der Wahrnehmbarkeit Erforderliche getan hat. § 120 setzt voraus, daß erst durch die Tätigkeit des Boten die E. des Herrn zur Vollendung gelangt [21].

Als Ergebnis können wir somit feststellen, daß die Übermittlung in § 120 Bestandteil der E.-Handlung ist.

B. Gleiche Behandlung von mündlichen und schriftlichen Erklärungen.

Für das Wesen der Übermittlung ist es gleichgültig, ob sie mündlich durch einen sog. Spruchboten oder schriftlich durch einen Briefboten vollzogen wird. Beide dienen dazu, einen E.-Inhalt in den Wahrnehmungsbereich des Empfängers zu bringen, nur mit dem unwesentlichen Unterschied, daß einmal die E. dem Gedächtnis des Boten anvertraut, das andere Mal ihm schriftlich übergeben wird.

Diese Ansicht ist nicht unbestritten, insbesondere für die Fälle, wo das Übermittlungsorgan lediglich Überbringer eines Originalschriftstückes ist. Hier wird von einer großen Anzahl der Schriftsteller die Anwendung des § 120 mit der Begründung abgelehnt, daß in solchen Fällen der (Post)-Bote nichts weiter als der Übermittler einer bereits vollendeten E. sei und daß diese nur zur Wirksamkeit, nicht auch zur Vollendung noch eines Zugehens bedürfe [22]. § 120 setze voraus, daß erst durch die Tätigkeit des Boten die E. zur Vollendung gelange [23].

---

[21]) So auch E. Cohn a. a. O. S. 7, 59, 63 ff., vgl. ferner Manigk in Jher. Jhb. Bd. 83 S. 48 Anm. 2. Unklar Brinkmann a. a. O. S. 47.

[22]) So insbes. Oertmann, Komment. zu § 120, 3c S. 412, Planck, Komment. zu § 120, 1c, Enneccerus-Nipperdey § 157, 3a Anm. 9, Lehmann a. a. O. § 34, III, 1d S. 253, Manigk in I. u. A. S. 252 Anm. 2, Schliemann a. a. O. S. 4, Marcus a. a. O. S. 45, E. Cohn a. a. O. S. 7, Schulze a. a. O. S. 18 u. a.

[23]) So E. Cohn a. a. O.

Auch müsse der Bote stets eine „Erklärung" überbringen; bei einem Originalschriftstück, das meist auch noch verschlossen sei, habe er keinerlei Beziehung zu der schriftlich fixierten E. seines Herrn; seine Tätigkeit sei nur eine rein mechanische.

Demgegenüber weist eine andere Meinung [24]) mit Recht darauf hin, daß § 120 selbst eine solche Unterscheidung nicht mache, sondern allgemein von der zur Übermittlung verwendeten Person spreche; das Gesetz behandele beide durchaus gleich, und es widerspreche auch der von dem Gesetz durchgeführten Unterscheidung von Bote und Stellvertreter, daß man in § 120 nicht jede Form der Botenhilfe am fremden Rg. einbeziehen wolle. Es kommt hinzu, und das ist auch hier das Entscheidende, daß die Übermittlung in § 120 zur E.-Handlung gehört und in jedem Fall eines Abweichens vom wirklichen Weg und Ziel dem Erklärenden zugerechnet wird, wenn die übermittelte E. auf ein Mitteilungsverhalten des Erklärenden zurückzuführen ist. Die Verschiedenartigkeit der Übermittlungsart berührt das Wesen der Übermittlung nicht; sie ist nur von untergeordneter Bedeutung. Auch beim Briefboten wird der Tatbestand der We. erst durch den Zugang vollendet; es ist daher nicht richtig, daß in diesen Fällen eine in sich vollendete We. Gegenstand der Übermittlung sei; § 120 lehrt gerade das Gegenteil. Es trifft auch weiter nicht zu, daß eine „Erklärung" übermittelt werden müsse, der Bote aber nur den Brief, die Sache überbringe. Das Gesetz und auch die Rechtslehre erfordern nicht, daß der Bote die E. so in sich aufzunehmen habe, daß er den Inhalt derselben in einer Reproduktion wiedergeben könne. Bote kann auch ein sechsjähriges Kind sein, das von dem Sinn und Inhalt der ihm aufgetragenen Botschaft sehr oft nicht das geringste verstehen und daher nur den auswendig gelernten Auftrag mechanisch überbringen wird. Gerade weil hier die Gefahr einer falschen Übermittlung besonders groß ist, gibt man dem Kind die E. schriftlich mit. Die Gegenmeinung schiebt immer die Fälle in den Vordergrund, wo der Postbote das Originalschriftstück absichtlich verfälscht oder ein anderes unterschiebt und betont nun die Unbilligkeit, die darin liege, daß man den Absender hier nun haften lassen wolle. Aber diese Fälle gehören schon deshalb nicht zu dem Anwendungsgebiet des § 120, da hier von vornherein die durch die Kausalität und Schuld des Absenders bestimmte Zurechnung eines E.-Wertes fehlt. Es wird später noch zu zeigen sein, daß die absichtlich unrichtige Übermittlung dem Erklärenden nicht zugerechnet werden kann. Die Entscheidung dieser Fälle beruht aber nicht auf der Tätigkeit des Boten als Übermittler eines Originalschriftstücks, sondern auf der Verneinung dieses E.-Scheines. Für die Übermittlung ist es daher ganz gleichgültig, ob sie durch einen Brief- oder Spruchboten erfolgt; die entscheidende Frage ist stets die, ob dem Erklärenden die falsche Botschaft noch zugerechnet werden kann. Das muß gegenüber der Unklarheit in der Rechtslehre bei Behandlung der Einzelfragen immer wieder hervorgehoben werden.

Daß § 120 auch auf den Briefboten Anwendung findet, geht weiter daraus hervor, daß eine Unrichtigkeit auch dann vorliegen kann, wenn die Übermittlung nicht rechtzeitig erfolgt. Cohn [25]) selbst gibt zu, daß § 120 auch auf die verspätete Übermittlung Anwendung findet. Aber kann eine verspätete Übermittlung nicht ebenso bei der Übermittlung eines Originalschriftstückes durch die Nachlässigkeit eines Briefboten erfolgen? Die Gerechtigkeit und Billigkeit erfordert es, daß gleiche Tatbestände rechtlich auch gleich behandelt werden. Brinkmann [26]) führt zur Begründung unserer Ansicht weiter an, daß auch der Fall, wo der Briefbote

---

[24]) Biermann, Bürg. Recht S. 286, Brinkmann a. a. O. S. 49 mit weiterer Literatur, Fleck a. a. O. S. 348, Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 56 Anm. 68, Franke a. a. O. S. 21, Fromm a. a. O. S. 54 ff., Hölder, Komment. zu § 120 S. 267, Staudinger a. a. O. S. 493 zu § 120, 5b.

[25]) a. a. O. S. 69 C. So auch Schulze a. a. O. S. 39.

[26]) a. a. O. S. 49.

überhaupt keine E. gegenüber dem Dritten abgebe, unter § 120 gerechnet werden müsse. Die Begründung ist aber insofern nicht zutreffend, als hier der § 120 schon deshalb nicht zur Anwendung kommen kann, weil gegenüber dem Gegner überhaupt keine E. abgegeben worden ist, also auch niemals eine Zurechnung stattfinden kann. Brinkmanns Stellungnahme ist im übrigen auch in dieser Frage ziemlich unklar. Auf Seite 46 erklärt er, daß die Unterschiede zwischen dem Briefboten und dem Spruchboten nur äußerlich seien und nicht das Wesen der Übermittlung betreffen würden; er stellt aber nicht klar, ob der Übermittler eines Originalschriftstückes (Postbote) auch noch zu dem „Briefboten" zu zählen ist. Nur hinsichtlich dieser Gleichstellung herrscht in der Rechtslehre Streit, nicht aber über die gleiche Behandlung des eine mündliche E. empfangenden, aber gegenüber dem Dritten schriftlich abgebenden Boten. Nur diesen letzteren Fall hat Brinkmann aber im Auge, wenn er auf Seite 49 sagt: „ . . . Das ist beim Spruchboten ebenso wie beim Briefboten dann der Fall, wenn er die E. mündlich empfangen hat mit der Anweisung, sie dem Empfänger zu übermitteln." Dem steht andererseits wieder die darauffolgende Begründung entgegen. Nach unserer Ansicht findet § 120 auch auf den ein Originalschriftstück übermittelnden Boten, den wir im Gegensatz zu dem sonst gebräuchlichen Ausdruck „Schriftboten" als Postboten bezeichnen, Anwendung. Voraussetzung ist dabei aber stets die Zurechnung des E.-Wertes. Haben wir diese bejaht, so macht es keinen Unterschied, ob die Übermittlung durch Spruch-, Brief- oder Postboten erfolgt ist.

C. Die mündlich erfolgte Übermittlung.

Mit Ausnahme des oben behandelten Falles herrscht in der Rechtslehre Einigkeit darüber, daß die Übermittlung einer We. mündlich, telephonisch, schriftlich, telegraphisch oder auf sonstige Weise erfolgen kann. Stets muß es sich aber dabei um eine Übermittlung handeln, d. h. der Erklärende muß sich eines Mittlers zum Zugänglichmachen seiner We. bedienen und dieser die E. auch gegenüber dem Dritten abgeben. Der Regelfall ist die Übermittlung durch den Boten; zu den Übermittlungsorganen zählen aber weiter der Dolmetscher [27]), der eine E. unrichtig übersetzt, der Konzipient [28]), der das niederzuschreibende Geschäft zu überbringen hat, sowie Schreiber und Stenotypistinnen, die ein zu übermittelndes Diktat falsch aufnehmen; auch der Makler ist, soweit er die E. einer Partei der anderen ausrichtet, Bote [29]). Ferner sind hierher zu rechnen der Vermittlungsagent [30]), der Quittungsträger [31]) und andere Personen, die auf ähnliche Weise der Übermittlung einer We. dienen. Als Anstalten sind vor allem zu nennen die Telegraphenanstalt, die Post, der Rundfunk, die Einrichtung des Ferndruckers und private Übermittlungsinstitute.

Eine mündliche Übermittlung liegt dann vor, wenn die dem Empfänger gegenüber abgegebene E. durch das Vermittlungsorgan mündlich ausgerichtet wird. Nur auf diesen Zeitpunkt kommt es an und nicht darauf, in welcher Art die E. dem Boten übergeben worden ist. Dies wurde weiter oben schon dargelegt. Eine E. ist also auch dann mündlich erfolgt, wenn der Bote eine ihm schriftlich übergebene Botschaft mündlich, sei es ohne oder durch Ablesen wiedergibt. Oertmann [32]) und dem folgend auch Titze [33]) glauben in diesem und auch in dem um-

---

27) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 166 S. 544 Anm. 3.

28) Schmalfuß a. a. O. S. 31, Brinkmann a. a. O. S. 48, Enneccerus-Nipperdey a. a. O.

29) Enneccerus-Nipperdey § 166 S. 544 Anm. 1.

30) Cohn a. a. O. S. 119, Brinkmann S. 48.

31) Cohn a. a. O. S. 175.

32) a. a. O. S. 413 zu § 120, 5d.

33) Mißverst. S. 244.

gekehrten Fall den § 120 nicht anwenden zu können, da dem Boten diese Ausrichtung der E. nicht aufgetragen worden sei. Der Erklärende habe ja gerade durch die schriftliche Fixierung die Haftung weitgehendst beschränken und für die Abgabe in mündlicher Form ausschließen wollen. Die Entscheidung wird hier auf den einzelnen Fall abgestellt werden müssen und unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung zu prüfen sein [34]).

Auch bei dem Fernsprechverkehr kann unter Umständen von einer Übermittlung gesprochen werden. Grundsätzlich aber gilt nach § 147 Absatz 1 der Verkehr durch Fernsprecher als Verkehr unter Anwesenden [35]). Eine Vermittlung im Sinne des § 120 findet nicht statt, da hier die Parteien unmittelbar miteinander verhandeln. Schulze [36]), Titze [37]) und andere [38]) bejahen aber trotzdem die Anwendung des § 120 in diesen Fällen aus der Erwägung heraus, daß die richtig hineingesprochenen Worte infolge mangelhafter Anlage oder Betriebsstörung des Apparates unrichtig oder verstümmelt wiedergegeben werden könnten und dadurch von der Anstalt eine unrichtige Übermittlung bewirkt werde. Diese Gefahr ist aber nicht größer als bei unmittelbarem Verhandeln. Auch hier kann der Erklärende Worte undeutlich sprechen, die von dem Gegner mißverstanden werden. Das persönliche Verhandeln am Telephon eröffnet stets die Möglichkeit, undeutliche, durch den Apparat hervorgerufene Verzerrungen der Worte sofort richtig zu stellen. Das scheint hier das entscheidende gegenüber der Übermittlung nach § 120 zu sein [39]). § 120 findet ferner keine Anwendung, wenn der E.-Empfänger die durch den Apparat richtig wiedergegebene E. mißversteht, denn in diesem Fall ist die E. durchaus richtig übermittelt worden. Wird der Erklärende mit einer anderen als der gewünschten Person verbunden [40]), so ist die E. dann nichtig, wenn das Gespräch erkennen ließ, daß der Anrufende eine andere Person gemeint hat. Konnte die falsch verbundene Person aber ohne Verschulden annehmen, daß sie mit dem Anruf gemeint sei, so muß zwar der Erklärende anfechten, nicht aber nach § 120, sondern nach § 119 Absatz II wegen Irrtums in der Person des Geschäftsgegners. Denn auch hier ist nicht etwa die durch das Telephon gesprochene E. durch das Amt unrichtig übermittelt, sondern die Anknüpfung des Gespräches ist erst durch die üblichen Worte „Hier X ...., hier Y ....“ eingeleitet worden [41]). Von diesem Grundsatz der Nichtanwendbarkeit des § 120 auf telephonische „Übermittlungen“ gibt es aber eine Reihe von Ausnahmen, die stets dann Platz greifen, wenn die Unmittelbarkeit des Verhandelns auf irgendeine Art und Weise gestört wird. So wird schon in den Protokollen [42]) hervorgehoben, daß die Bestimmung des § 147 Absatz I dann nicht mehr zur Anwendung kommen solle, wenn die telephonische E. noch einer Weiterbeförderung durch Mittelspersonen bedürfe. In einem kleinen Dorfe hat z. B. nur der Gastwirt

---

[34]) S. § 13, C dieser Arbeit.

[35]) Oertmann, Komment. zu § 120, 3d S. 412, Planck, Komment. zu § 130, 3 S. 334, Enneccerus-Nipperdey § 157 S. 521 Anm. 9, R.G. in Z.S. Bd. 90 S. 168.

[36]) a. a. O. S. 17.

[37]) Mißverst. a. a. O. S. 232.

[38]) Staudinger-Riezler, Komment. a. a. O. zu § 130, 5 S. 543, Lüthje a. a. O. S. 23.

[39]) S. auch Oertmann in Gesetz und Recht, Zeitschr. f. allgem. Rechts- u. Staatskunde 1926 S. 98.

[40]) Beispiel von Danz in Iher. Jhb. Bd. 46 S. 413.

[41]) h. M. S. Oertmann, Komment. zu § 120, 3d S. 412, Danz a. a. O., Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 128/9 Anm. 156, Titze, Mißverst. a. a. O. S. 232 Anm. 9.

[42]) a. a. O. zu § 147.

Telephon; einer der Dorfbewohner wird von dritter Seite angerufen; der Gastwirt nimmt die E. entgegen und überbringt sie dem Angerufenen. Entstehen bei dieser Übermittlung des Gastwirts Unrichtigkeiten, so muß der Anrufende gemäß § 120 diese unrichtige Übermittlung anfechten und gemäß § 122 Schadensersatz leisten. Die Fälle sind in ländlichen Gebieten durchaus nicht selten. Meist wird hier die Postanstalt die Vermittlerin sein. § 120 findet ferner da Anwendung, wo der Telephonbeamte zur besseren Verständigung die beiderseitigen E. jeweils von sich aus weiter übermittelt [43]). Es ließe sich noch eine Reihe ähnlich gelagerter Fälle erwähnen. Bei ihrer Entscheidung wird es immer darauf ankommen, ob die beim telephonischen Verkehr vorhandene Unmittelbarkeit durch irgendwelche Vorkommnisse (Betriebsstörung, Weiterbeförderung durch dritte Personen) durchbrochen worden ist. Wird dies bejaht und liegt z. B. die Unrichtigkeit der Übermittlung in der fehlerhaften Weitergabe dieser Personen, so greift stets eine Anfechtung nach § 120 Platz.

D. Die schriftlich erfolgte Übermittlung.

Die Übermittlung kann auch schriftlich erfolgen, und zwar liegt eine solche stets dann vor, wenn die E. dem Empfänger in verkörperter Form durch den Boten übergeben wird. In der Rechtslehre besteht Einigkeit darüber, daß da, wo der Bote dem Dritten eine Abschrift des Originalschriftstückes übermittelt, § 120 Anwendung findet [44]). Es wird aber zumeist verlangt, daß die Mittelsperson selbst die Abschrift fälschlich hergestellt habe, sei es, daß die Stenotypistin bei der Anfertigung einer Reinschrift oder bei der Niederschrift nach Diktat etwas Falsches aufnimmt und dieses nun übermittelt, sei es, daß der Bote die mündlich empfangene E. später nach seinem Gedächtnis schriftlich unrichtig niederlegt oder ein sonstiger Fall. Zu beachten ist dabei aber stets, daß in dem Augenblick, wo der Diktierende das Schriftstück unterschreibt, er die E. in dieser Form abgegeben hat, da er durch die Unterschrift den unrichtigen Inhalt im Rechtssinne zu seinem eignen macht. Es gilt dann nicht § 120, sondern § 119 [45]). Auch der von Brinkmann [46]) angeführte Fall, wo ein Analphabet sich durch einen Schreibkundigen einen Brief schreiben läßt, zählt hierher, wenn dies auch nicht ganz unbestritten ist. Das typische und wohl häufigste Beispiel einer schriftlichen Übermittlung finden wir aber bei den telegraphischen Übermittlungen, wo die dem Empfänger zugänglich gemachte Ausfertigung des Telegrammes von dem Beamten schriftlich niedergelegt wird. Die Telegrammverstümmlungen waren es ja auch vor allem, die in den 50. Jahren des vorigen Jahrhunderts den Anstoß zur Beschäftigung mit den Fragen der unrichtigen Übermittlung gegeben haben. Es wurde oben schon dargelegt, daß auch die Übermittlung durch den Postboten im Falle der Unrichtigkeit der Anfechtung nach § 120 unterliegt.

Abschließend sei das Ergebnis des § 11 noch einmal festgestellt:

> Die Übermittlung, die sich als Zugänglichmachen einer We. durch andere Personen oder durch Anstalten darstellt, ist Bestandteil der E.-Handlung. Maßgebend ist allein die dem Empfänger gegenüber abgegebene E. Für die Übermittlung ist es ohne Bedeutung, ob sie durch Spruch, Brief- oder Postboten erfolgt.

---

[43]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 4 S. 127, Anm. 154a.

[44]) S. statt vieler Oertmann, Komment. zu § 120, 3b S. 411.

[45]) h. M. S. Brinkmann a. a. O. S. 48, Oertmann, Kom. zu § 120, 3b S. 412, Staudinger-Riezler a. a. O. S. 492 zu § 120, 1, Schulze a. a. O. S. 18 mit weiterer Literatur.

[46]) a. a. O. S. 48.

§ 12.

Die Verwendung zur Übermittlung.

Die We. muß durch eine dazu „verwendete Person oder Anstalt" unrichtig übermittelt worden sein. Wir finden damit als weitere gesetzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 120 die „Verwendung" eines Mittelsorganes. Danach muß also der Bote oder die Anstalt irgendwie von dem Absender mit der Übermittlung beauftragt worden sein [47]); das kann auf mannigfache Art und Weise geschehen. Man muß sich nur davor hüten, die Verwendung nur im Falle einer der Vollmacht ähnlichen Botenermächtigung anzunehmen. Das Gesetz betrachtet den Boten in § 120 als das Willenskundgebungsorgan eines Dritten im Tatbestande der We. Er vollendet für den Erklärenden dessen We.; nur diese Tätigkeit des Boten interessiert den Gesetzgeber in § 120. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob der Bote eine vollmachtähnliche Befugnis zum Handeln erlangt hat oder nicht, denn es kommt stets nur darauf an, ob er auf irgendeine Weise auf Geheiß des Erklärenden tätig geworden ist. Durch das in der Rechtslehre wiederholt aufgestellte Erfordernis einer ausdrücklichen Botenermächtigung [48]) wird die Botenhilfe am fremden Rg. in einer unzulässigen und der Wichtigkeit dieses Institutes nicht entsprechenden Form eingeschränkt. Von einer rechtsgeschäftlichen Botenermächtigung im Sinne der §§ 104 ff. kann wohl kaum gesprochen werden, wo die Übermittlung durch ein sechsjähriges Kind erfolgt. Meist wird auch den Parteien diese rechtsgeschäftliche Beauftragung gar nicht zum Bewußtsein kommen; es überbringt z. B. ein guter Freund aus Gefälligkeit die Botschaft, ohne sich dabei aber irgendwie rechtlich binden zu wollen. Diese Fälle aus dem Anwendungsgebiet des § 120 auszuschließen, besteht keine Veranlassung. Die „Verwendung" stellt sich vielmehr als die tatsächliche Inanspruchnahme von Diensten dritter Personen dar. Es kommt dabei vor allem darauf an, ob die Mittelsperson auf Geheiß des Erklärenden tätig geworden ist oder nicht. Nur da, wo sich der Absender jenes Übermittlungsorganes bewußt zur Übermittlung bedient, findet eine Zurechnung des E.-Wertes statt, denn nur da liegt eine E.-Handlung des Erklärenden vor. Es scheiden daher von vornherein alle diejenigen Fälle aus dem Anwendungsgebiet des § 120 aus, wo eine solche Verwendung nicht vorliegt. Geht der A. in eine Buchhandlung und erklärt dort, der B. habe ihn geschickt und lasse durch ihn ein bestimmtes Buch bestellen, so ist der B., falls dieser angebliche Auftrag von der Buchhandlung ausgeführt wird, nicht gebunden; eine Anfechtung nach § 120 greift hier niemals Platz, denn der A. ist nicht auf Geheiß des B. tätig geworden. Ganz ähnlich liegt der Fall, wo der A. anläßlich eines Gespräches hört, daß B. sich einige Bücher kommen lassen will und zu diesem Zweck demnächst in die ziemlich weit entfernte Stadt fahren muß. Da A. in den nächsten Tagen zufällig selbst in der Stadt zu tun hat, will er ihm eine Überraschung bereiten und bestellt die Bücher, verwechselt dabei aber die Werke einiger Schriftsteller. Werden diese Bücher dem B. nun zugeschickt, so ist er auch hier nicht an die Bestellung gebunden, da der A. nicht als sein beauftragter Bote angesehen werden kann. Eine Zurechnung der falsch wiedergegebenen E. findet nach § 120 nur da statt, wo die Mittelsperson im Auftrage des Erklärenden tätig geworden ist. Nur diese E.-Handlung kann seine Haftung begründen. Bei eigenmächtigen E. eines anderen beruht die E.-Handlung nicht auf dem W. des Geschäftsherrn und wird ihm daher auch nicht zugerechnet.

Meinungsverschiedenheiten sind ferner hinsichtlich der Frage aufgetaucht,

---

[47]) S. dazu Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 131 Anm. 162 u. a.

[48]) So insbesondere Brinkmann a. a. O. S. 62 ff., Sperber a. a. O. S. 18 ff., E. Cohn S. 32 u. a.

ob der Absender eines Boten auch dann anzufechten habe, wenn dieser die E. nicht selbst überbracht, sondern seinerseits wieder einen anderen Boten beauftragt und dieser die Botschaft nun unrichtig übermittelt hat. Die Frage läßt sich ohne weiteres in dieser Allgemeinheit nicht entscheiden. Grundsätzlich dürfte der Fall aber nicht dem § 120 unterstehen, da die durch den zweiten Boten verursachte Unrichtigkeit nur unter besonderen weiteren Umständen dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Es ist hier ganz auf den Einzelfall abzustellen. Bei der Entscheidung muß vor allem berücksichtigt werden, daß durch das Unterschieben eines zweiten Boten der von dem Erklärenden gegebene E.-Weg bewußt durchbrochen wird und durch den eigenmächtigen W. des wirklich beauftragten Boten verkehrsmäßig eine andere Ausführung erhält. Hat außerdem der Absender bei der Auswahl des Boten wegen der Lage des Falles besonders sorgfältig gehandelt und hierdurch die Möglichkeit unrichtiger Übermittlung auf ein Mindestmaß beschränken wollen, so liegt die Zurechnung der durch einen ohne Wissen und W. des Erklärenden untergeschobenen zweiten Boten bewirkten Unrichtigkeit doch wesentlich anders als in dem Falle, wo es dem Absender auf die Person des Boten nicht ankam, ja wo er — z. B. bei einer Geschäftsstelle für Botendienste — verkehrsmäßig mit Substitution rechnen mußte. Allgemeine Regeln lassen sich hier nicht geben. Die Frage ist bisher in der Rechtslehre nicht eindeutig entschieden worden [49]).

Die Anwendung des § 120 setzt weiter voraus, daß die Mittelsperson als Bote und nicht als Stellvertreter gehandelt hat [50]).

Zusammenfassend können wir also sagen, daß da, wo keine Verwendung des Überbringers zur Übermittlung vorliegt, auch eine Anfechtung nach § 120 nicht in Frage kommen kann. Aus der Handlungsweise eines eingeschobenen Boten entstehen im allgemeinen für den Absender keinerlei Rechte und Pflichten. Entscheidend ist auch hier die Frage der Zurechnung.

§ 13.

Die Unrichtigkeit der Übermittlung.

A. Allgemeines.

§ 120 erfordert weiter, daß die We. durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt „unrichtig" übermittelt worden ist. Mit dieser Voraussetzung der Unrichtigkeit sind wir an dem Kernproblem unserer Abhandlung angelangt. Denn von jeher ging der Streit in der Rechtslehre darum, welche Bedeutung man diesem Worte „unrichtig" beimessen sollte. Die verschiedensten Ansichten werden hier vertreten: Die einen legen das Wort in einem engeren, die anderen in einem weiteren Sinne aus; aber alle versuchen, das Anwendungsgebiet des § 120 gegenüber seinem Wortlaut einzuengen. Zumeist sind diese Versuche aber mißlungen. Da man nicht auf das Grundsätzliche der Frage in § 120 einging, blieb man in einer unbefriedigenden Kasuistik stecken. Alle Möglichkeiten einer unrichtigen Übermittlung wurden erörtert, an Hand zahlreicher Beispiele die Richtigkeit der vertretenen Ansicht gezeigt. Und doch warf jedes neue Beispiel die auf Billigkeit begründete Ansicht um und bereicherte das Anwendungsgebiet des § 120 um einen weiteren „lehrreichen" Fall. Da die Billigkeit nur eine rela-

[49]) Schulze a. a. O. S. 26 will hier die Anwendung des § 120 aus der Erwägung heraus ablehnen, daß die Verwendung zur Übermittlung auch notwendig die persönliche Tätigkeit des damit Beauftragten voraussetze.

[50]) Über diese Streitfrage s. des Näheren § 14.

tive Größe ist, das Verkehrsbedürfnis auch keine sichere Grundlage bietet, so ist es nicht verwunderlich, daß jede der Ansichten sich für ihren Fall auf diese unbestimmten und unbestimmbaren Größen berief. Abgesehen von der Abhandlung Brinkmanns, wo zum ersten Mal der Versuch gemacht wird, die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung zu treffen (wobei es dieser Verfasser aber unterlassen hat, den Grund und den Gegenstand der Zurechnung klar herauszuarbeiten), findet sich in der Rechtslehre auch nirgends der Ansatz, den § 120 im Rahmen des übergeordneten Begriffes der We. zu untersuchen. Er wird meist nur als abgeschlossene Sonderdarstellung im engen Blickfeld des Wortlautes, im unsicheren der Billigkeit und im rätselhaften seiner Entstehungsgeschichte behandelt. Diese drei Punkte kehren in jeder Abhandlung wieder, stets aber verschieden in ihrer Bewertung.

Die vorliegende Untersuchung will an die Fragen des § 120 von einer anderen Seite aus herangehen, und zwar von dem Begriff der We. und ihrer Zurechenbarkeit. Dabei ist von der Erkenntnis ausgegangen worden, daß auch der § 120 nur der notwendige Niederschlag und die gesetzliche Wertung eines sich aus der We. ergebenden Interessenkonfliktes sein muß. Wir hatten versucht, den Begriff der We. klarzustellen und fanden die Bestätigung des Ergebnisses auch in § 120. Wir lernten dabei die We. legalbegrifflich als Mitteilung an andere auffassen, die tatbestandsmäßig erst mit ihrem Zugang vollendet ist. Unter diesem Gesichtspunkt erschien uns auch der § 130 nicht nur als ein Erfordernis der Wirksamkeit, sondern wir erkannten in ihm ein Tatbestandsmerkmal aller We. Diese Auffassung gab uns wiederum erst die Möglichkeit, die theoretische Konstruktion der Übermittlung als E.-Handlung im Tatbestande der We. zu erfassen. § 120 zeigte weiter, daß die primäre Zurechnung des äußeren E.-Tatbestandes ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen eintritt. Indem wir nun untersuchten, welches der Grund und der Gegenstand dieser gesetzlichen Zurechnung bildete, fanden wir zugleich, daß auch die primäre Zurechnung an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, und daß sie nur da stattfindet, wo der Zugang einer We. durch ein Verhalten des Erklärenden schuldhaft verursacht worden ist. Kausalzusammenhang und schuldhafte Verletzung des durch die Anknüpfung einer Sonderbeziehung zu einem Dritten geschaffenen, Rechtspflichten erzeugenden Vertrauensverhältnisses begründen erst die Zurechnung. Dies gilt auch für § 120. Dem Erklärenden wird der E.-Vorgang zugerechnet, aber stets nur soweit diese Zurechnung für ihn begründet ist. Unter Zugrundelegung dieses Gesichtspunktes sollen im folgenden einige in der Rechtslehre immer wieder hervorgetretene Streitfälle betrachtet werden; insbesondere soll an Hand der sog. objektiven und subjektiven Unrichtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schrifttums die streitige Grenze in § 120 festgestellt werden.

Bevor wir auf diese Fälle eingehen, ist der Begriff der Unrichtigkeit klarzustellen. Unrichtig im Sinne des Sprachgebrauches ist zunächst jede Abweichung der übermittelten E. gegenüber der ursprünglich an den Boten abgegebenen. Welchen Grad diese Abweichung nun haben muß, darüber gibt uns die Wortbedeutung keine Auskunft. Es geht nicht an, wie es in der Rechtslehre wiederholt versucht worden ist [51]), aus der Bezeichnung „unrichtig" nun Schlüsse auf das Anwendungsgebiet des § 120 zu ziehen. Unrichtig steht im Gegensatz zu richtig und umfaßt jede, die geringste und auch die erheblichste Abweichung. Unrichtig ist sowohl die „verderbte" als auch die „ganz andere" E. Es ist die Frage aufzuwerfen: Gibt es eine Unrichtigkeit, die dem Erklärenden noch zugerechnet werden kann? Nur auf diesem Wege gewinnen wir die richtige Grenze zwischen nichtiger und anfechtbarer E. Allgemein liegt da eine Unrichtigkeit der Über-

---

[51]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. Bd. 1 § 157, 3 S. 521, Anm. 10, Falkmann a. a. O. S. 53.

mittlung vor, wo der Inhalt der dem Empfänger gegenüber abgegebenen E. durch das Dazwischentreten des Übermittlers ein anderer geworden ist, als ihn der Erklärende bei der Abgabe an den Boten zum Ausdruck gebracht hat. Diese beiden Zeitpunkte, nämlich einmal die Abgabe an den Boten, zum anderen die Abgabe des Boten an den Empfänger, begrenzen die Übermittlungstätigkeit der Mittelsperson. Nur was in diesem Stadium verstümmelt wird, erzeugt die Anfechtung nach § 120. Was vorher und nachher liegt, hat mit der Übermittlungstätigkeit des Boten und deren Unrichtigkeit nichts mehr zu tun. Irrt sich der Erklärende z. B. schon bei der Abgabe an den Boten und übermittelt dieser die ihm falsch aufgetragene E. an den Dritten, so findet nicht § 120 Anwendung, sondern der Erklärende muß wegen Irrtums nach § 119 anfechten. Die irrtümliche E. ist streng von der unrichtig übermittelten zu unterscheiden. Eine unrichtige Übermittlung liegt nur da vor, wo die E. durch die Mittelsperson selbst in irgendeiner Weise verstümmelt worden ist [52]). Daraus folgt weiter, daß auch die von dem Boten gegenüber dem Dritten richtig abgegebene, von diesem aber mißverstandene E. nicht nach § 120 der Anfechtung unterliegt [53]). Der Fehler liegt hier nicht in der Übermittlungstätigkeit, sondern in der falschen Deutung durch den Empfänger.

In Zweifelsfällen ist zunächst die überbrachte E. auszulegen, wobei nach den oben dargelegten Grundsätzen zu beachten ist, daß die Auslegung nicht nur rein erklärungstheoretisch die Interessen des Empfängers, sondern auch die des Erklärenden zu berücksichtigen hat. Während der letztere die Pflicht hat, richtig zu erklären, ist der Adressat verpflichtet, seinerseits den im Rechtssinne richtigen Rückschluß aus der E. auf den W. zu treffen. Jede schuldhafte Verletzung dieser Rechtspflichten erzeugt die Zurechenbarkeit. Wird durch die Auslegung nun festgestellt, daß der W. des Absenders in der von dem Boten überbrachten Mitteilung hinreichend und erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, so hat der Empfänger die Folgen seines Mißverständnisses zu tragen [54]). Der Grund des Mißverständnisses ist für die Zurechnung gleichgültig. Der Empfänger könnte nur dann nach § 119 anfechten, wenn er auf Grund dieser von ihm falsch gedeuteten oder falsch verstandenen Botschaft von sich aus eine E. abgegeben hat; er erklärt z. B. auf das von ihm mißverstandene Angebot die Annahme desselben. Ergibt die Auslegung aber, daß der E.-Wert der Mitteilung mehrdeutig ist und haben die Parteien darunter auch etwas verschiedenes verstanden, so ist die E. nach § 154 wegen Dissens ohne Anfechtung nichtig [55]). Die Anfechtung ist weiter ausgeschlossen in den Fällen, wo der Empfänger die Unrichtigkeit der E. selbst herbeigeführt hat. Er zerstört z. B. durch unvorsichtiges Öffnen des überbrachten Briefes einen wesentlichen Teil des inliegenden Schriftstücks oder er verwischt einzelne Worte oder führt auf sonstige Weise eine Unleserlichkeit herbei [56]). Wird hierdurch der Sinn des Schriftstückes entstellt, so liegt kein dem Absender zurechenbarer E.-Tatbestand vor, denn dieser ist mit der richtigen Abgabe durch den Boten an den Empfänger vollendet. In diesen eben besprochenen Fällen kann daher von einer „unrichtigen Übermittlung" keine Rede sein.

---

[52]) h. M. S. insbes. Schulze a. a. O. S. 64.

[53]) S. Enneccerus-Nipperdey § 192, IV S. 639, Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 130 Anm. 161, Lehmann a. a. O. § 30, VII, Planck, Komment. zu § 120, 4 S. 293, R.G. in Z.S. Bd. 68 S. 6, Lipper, a. a. O. S. 34 u. a.

[54]) S. Anm. 53.

[55]) R.G.R. Kommentar zu § 120, 1 S. 171, Brinkmann a. a. O. S. 60, Schulze a. a. O. S. 64, R.G. in Z.S. Bd. 68 S. 9.

[56]) Darauf weist insbesondere Schulze a. a. O. S. 64 hin im Anschluß an Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 131 Anm. 161.

Eine Nichtübereinstimmung von W. und E. liegt nur dann vor, wenn der durch die Auslegung festgestellte Sinn der E., der E.-Wert vom W. des Absenders abweicht. Daraus folgt, daß es nicht darauf ankommt, daß die Mittelsperson wortgetreu übermittelt, sondern daß eine sinngetreue Wiederholung der Mitteilung genügt [57]). Nur muß die letztere geeignet sein, den von dem Absender gewollten E.-Inhalt auch zum Ausdruck zu bringen. Die Wiedergabe durch den Boten kann daher auch in einer fremden Sprache erfolgen (Dolmetscher), es können unwichtige Worte fortgelassen, andere durch verständlichere ersetzt werden. Immer kommt es darauf an, ob die E. trotz der Änderung noch so beschaffen war, daß der Empfänger aus ihr auf den wirklichen W. des Erklärenden schließen konnte. Erst wenn dies nicht mehr möglich ist, liegt eine unrichtige E. vor. Diese Einschränkung ergibt sich aber nicht aus dem Wortlaut, sondern aus den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen. Hat der Empfänger etwa Zweifel bezüglich der Deutung der E., so ist er nach Treu und Glauben zu einer Rückfrage verpflichtet.

„Falsa demonstratio non nocet." Hat der Gegner den wahren Sinn der E. trotz ihrer falschen Übermittlung erkannt, hat er insbesondere die von dem Boten unrichtig ausgedrückte Mitteilung richtig verstanden, so ist diese in dem gemeinten Sinne gültig [58]). Der Bote bezeichnet z. B. den zu verkaufenden Gegenstand unrichtig, der Gegner weiß aber genau, um was es sich handelt, oder der Bote überbringt ein Verkaufsangebot, während nach den zwischen den Parteien stattgefundenen Vorverhandlungen offensichtlich ein Kaufangebot gemeint war. Diese falschen Bezeichnungen beeinflussen die Gültigkeit des Rg. stets dann nicht, wenn der Gegner den wirklichen Sinn und das wirklich Gewollte erkannt hat [59]).

Endlich ist noch zu erwähnen, daß § 120 auch dort nicht zur Anwendung kommt, wo die We. bei der Übermittlung derartig verstümmelt wird, daß sie überhaupt keinen vernünftigen Sinn mehr ergibt [60]). Hier greift schon deshalb keine Zurechnung Platz, weil das dem Empfänger zugänglich gemachte Verhalten sich nicht mehr als rechtsgeschäftliche We. darstellt. Eine solche E. ist ohne Anfechtung nichtig. Legt der Empfänger von sich aus dieser sinnlosen Botschaft einen Sinn unter, so geschieht dies auf seine eigne Gefahr.

Wir haben damit das Anwendungsgebiet des § 120 schon erheblich eingeschränkt, indem wir nur bei einer Zurechnung des E.-Wertes die Anwendung desselben bejaht haben. Dies gilt auch für alle hier nicht besprochenen, in der Rechtslehre mitunter erwähnten Fälle. Die Methode zur Gewinnung der Entscheidung ist immer dieselbe. Zunächst wird durch die Auslegung und der mit ihr verbundenen Zurechenbarkeit der Sinn und Inhalt des dem Dritten zugänglich gemachten Verhaltens, der sog. E.-Wert bestimmt. Erst bei Bejahung der Zurechnung dieses E.-Wertes greift überhaupt die Bestimmung des § 120 Platz.

Ein Abgrenzungsmerkmal hinsichtlich der Wesentlichkeit der unrichtigen Übermittlung gibt uns das Gesetz durch § 120 in Verbindung mit § 119. Danach ist eine Anfechtung nur dann statthaft, wenn die Unrichtigkeit so erheblich ist, daß der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles eine E. dieses Inhalts nicht abgegeben haben würde. Auch diese gesetzliche Einschränkung zeigt, daß die Mittelsperson nur inhaltlich richtig, nicht auch wort-

---

[57]) Brinkmann a. a. O. S. 51.

[58]) S. dazu Manigk in Jher. Jhb. Bd. 75 S. 125 ff., I. u. A. S. 202 Anm. 1, Jacobi a. a. O. S. 25, Lehmann a. a. O. § 30, VI S. 203 ff., Oertmann, Komment. zu § 120, 5f S. 413 u. a. R.G. in Z.S. Bd. 99 S. 147, Bd. 109 S. 336.

[59]) Bedeutung des wirklichen W. bei der Auslegung! S. dazu auch Himmelschein a. a. O. S. 12.

[60]) S. Breit a. a. O. S. 156, Brinkmann a. a. O. S. 51, Oertmann, Komment. zu § 120, 5f S. 414 u. a.

getreu zu übermitteln braucht; sie zeigt aber weiter, daß der Erklärende bei nur unerheblicher Abweichung die E. in dem von dem Boten abgegebenen Sinne gegen sich gelten lassen muß.

B. Die Gründe einer unrichtigen Übermittlung.

Die Gründe einer unrichtigen Übermittlung können verschiedener Art sein. Der typische und der im Rahmen des § 120 am häufigsten vorkommende Fall ist der, daß die Unrichtigkeit durch ein Versehen der Mittelsperson verursacht wird. Der Bote irrt sich über den Inhalt einer ihm aufgetragenen E.; er sollte z. B. ein Angebot von 1000.— RM. machen, gibt aber tatsächlich infolge einer Verwechslung ein solches von 1100.— RM. ab. Der Grund der unrichtigen Übermittlung kann aber auch auf dem Vorsatz des Boten beruhen. Ganz bewußt, vielleicht um dem Erklärenden einen Schabernack zu spielen oder ihn zu schädigen, gibt er die falsche E. ab. Er ist sich dieser Unrichtigkeit bei der Abgabe der E. durchaus bewußt; er handelt daher absichtlich, wenn er der E. einen anderen, vom Erklärenden nicht gewollten Inhalt gibt. Die Rechtslehre spricht hier von einer subjektiv unrichtigen Übermittlung im Gegensatz zu der objektiv unrichtigen Übermittlung, wo die E. durch ein Versehen der Mittelsperson entstellt worden ist. Endlich kann die Unrichtigkeit der Übermittlung auch durch Zufall oder durch höhere Gewalt hervorgerufen werden.

Auf die beiden letzteren Fälle soll hier zunächst eingegangen und geprüft werden, ob sie unter § 120 einzureihen sind.

Über die Rechtsfolgen einer durch Zufall herbeigeführten Unrichtigkeit der Übermittlung finden sich in der Rechtslehre, trotzdem diese Fälle nicht allzu selten sein dürften, keinerlei Ausführungen. Lediglich H. Arndt[61]) streift die Frage kurz bei dem Zugang der We. und legt unter Berücksichtigung der Zurechnung dar, daß in den Fällen, wo keine der Parteien ein Verschulden treffe, diejenige „hafte", deren Pflichtwidrigkeit überwiege; grundsätzlich überwiege die Pflicht des Handelnden, denn wer eine We. abgebe, müsse auch dafür sorgen, daß sie wirke. Im Ergebnis ist dieser Ansicht beizutreten. Jedoch erscheint uns der Begriff der überwiegenden Pflichtwidrigkeit nicht geeignet, die Zurechnung der durch Zufall zugegangenen bezw. unrichtig übermittelten We. zu erklären. Die Annahme eines Zufalles setzt voraus, daß weder den Erklärenden noch den Empfänger ein Verschulden trifft; jedes Verschulden, auch das geringste schließt den Zufall aus[62]). Wenn daher z. B. der Erklärende dem Boten ein mit Tintenstift geschriebenes Angebot zur Beförderung übergibt, die Schrift aber infolge eines einsetzenden Regens unleserlich wird, so daß der Empfänger trotz verkehrsmäßigen Verhaltens ein Angebot zu einem Preise von 711.— RM statt 777.— RM herausliest, so wird diese unrichtige E. dem Absender zugerechnet, weil er den Zugang derselben schuldhaft verursacht hat. Er hat hier „pflichtwidrig" gehandelt, indem er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Mit einem Verwischen des mit Tintenschrift geschriebenen Angebotes mußte er um so mehr rechnen, als er es auch nicht ordnungsmäßig in einen Umschlag getan hatte. Die Annahme eines Zufalls setzt aber voraus, daß beide Parteien sich verkehrsmäßig verhalten haben. Es kann daher entgegen der Ansicht von Arndt nicht von einer Pflichtwidrigkeit, die ja gerade den Vorwurf eines nicht verkehrsmäßigen Verhaltens enthält, gesprochen werden. In dem obigen Beispiel erfordert also die Annahme eines Zufalls, daß sowohl der Erklärende als auch der Empfänger sich nicht pflichtwidrig verhalten haben.

---

[61]) a. a. O. S. 31.

[62]) Staudinger a. a. O. Band 2, zu § 287, 2c S. 353, Kommentar der Reichsgerichtsräte a. a. O. zu § 203 u. a. m.

Wenn wir trotzdem zu demselben Ergebnis wie Arndt gelangen, so folgt dies aus den schon oben dargelegten Grundsätzen (§ 6). Die Zurechnung wird nicht nur durch die Schuld des Absenders bestimmt, sondern auch durch die Kausalität, und zwar im Sinne einer adäquaten Verursachung. Dem Erklärenden wird all das zugerechnet, was auf sein Erklärungsverhalten zurückzuführen ist; er ist es, der die E. auf den Weg schickt; er trägt infolgedessen auch die Gefahr für dieselbe, soweit sie sich im Rahmen des menschlich Erwägbaren hält. Daraus folgt, daß der Erklärende auch für den Zufall einzustehen hat. So wird z. B. dem Absender die durch einen physikalischen Vorgang bei der telegraphischen Übermittlung entstandene Unrichtigkeit zuzurechnen sein, da diese Unrichtigkeit nicht auf einem außergewöhnlichen, unvorhersehbaren Umstand beruht, der geeignet wäre, den durch das Verhalten des Erklärenden bestimmten Erklärungsweg entscheidend zu beeinflussen. Das, was bei dem Empfänger ankommt, ist immer noch die auf dem Mitteilungsverhalten des Erklärenden beruhende We. Im einzelnen sind die Fälle an anderer Stelle ausführlich erörtert und die Zurechnungslage an Hand von verschiedenen Beispielen geprüft. Insbesondere ist dort ausgeführt, inwieweit die Übermittlung an einen Nichtaddressaten (s. § 13 C II), die verfrühte oder verspätete Übermittlung (s. § 13 C IV) und endlich Abweichungen in der Art und Weise des Erklärungsweges dem Absender zuzurechnen sind (s. § 13 C III).

Die durch höhere Gewalt hervorgerufene Unrichtigkeit ist dagegen dem Erklärenden in keiner Weise zuzurechnen. Es kann nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein, den im Gesetz nicht bestimmten und in der Rechtslehre [63]) umstrittenen Begriff der höheren Gewalt darzulegen. Es ist davon auszugehen, daß die höhere Gewalt eine besondere Art des Zufalls darstellt [64]), und in der Rechtslehre und Rechtsprechung [65]), soweit sie eine Ausnahme von der Schadenshaftung begründet, als ein unvorhersehbares, durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes, betriebsfremdes Ereignis bestimmt wird, dessen schädigende Wirkungen durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmaßregeln nicht vermieden werden können [66]). Die höhere Gewalt kann daher auch als ein nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbarer und unabwendbarer Zufall bezeichnet werden. Schon allein aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß hier eine Zurechnung nicht eingreifen kann.

Was die Rechtslehre anbetrifft, so besteht demgegenüber vollste Übereinstimmung dahin, daß die durch höhere Gewalt hervorgerufene Unrichtigkeit der E. der Anfechtung des § 120 unterliegt [67]). Brinkmann [68]), der im übrigen seine Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit trifft, läßt leider gerade in diesem wichtigen Fall eine eigne Stellungnahme vermissen. Die Rechtslehre begründet ihre Ansicht vor allem mit der Entstehungsgeschichte des § 120 bzw. 122. Es muß zugegeben werden, daß die II. Kommission [69]) grundsätzlich eine unbedingte Haftpflicht festsetzte, die aber wegfallen sollte, „wenn die Unrich-

---

[63]) S. dazu Frz. Leonhard in Festschrift für Träger, 1926, Exner in Grünhut Bd. 10 Nr. 10 S. 497.

[64]) Kommentar der Reichsgerichtsräte a. a. O. zu § 203, Staudinger-Riezler a. a. O. zu § 203, 4 S. 802.

[65]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 200 S. 669.

[66]) R.G. Entscheidung in Bd. 93 S. 67, Bd. 109 S. 173, Bd. 117 S. 12, in Jurist. Wochenschr. 1931 S. 865.

[67]) Kern a. a. O. S. 33 ff., Planck, Komment. zu § 120, 1 S. 293, zu § 122, 5, Schmalfuß a. a. O. S. 40 ff., Schulze a. a. O. S. 57 ff., Staudinger-Riezler zu § 120, 6, zu § 122, 2 u. a.

[68]) a. a. O. S. 53 Anm. 220.

[69]) Protokolle I S. 117.

tigkeit der Übermittlung ihren Grund in höherer Gewalt habe", daß diese die Haftung für höhere Gewalt ausschließende Vorschrift aber dann durch die Reichstagskommission [70]) gestrichen wurde mit der Begründung, daß es für den Geschädigten ganz gleichgültig sei, wodurch die unrichtige Übermittlung hervorgerufen werde. Weiter beruft sich die Rechtslehre auf den Wortlaut des § 120. Das Gesetz spreche lediglich von einer „unrichtig" übermittelten E.; es sei daher ganz gleichgültig, aus welchem Grunde die We. unrichtig übermittelt worden sei [71]).

Wir können diesem Ergebnis, wie schon erwähnt, vom Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit aus nicht beistimmen. Die infolge höherer Gewalt verstümmelte E. ist niemals zurechenbar, da sie nicht mehr auf das von dem Urheber der E. getätigte Verhalten zurückzuführen ist. Diesen abweichenden E.-Weg konnte der Erklärende in keiner Weise voraussehen; mit dieser Tatsache brauchte er auch nicht zu rechnen. Trotz der sorgfältigsten und gewissenhaftesten Auswahl des Boten tritt dieses unabwendbare Ereignis ein, verändert den E.-Weg und führt die Unrichtigkeit der E. herbei. Hier wird der Kausalzusammenhang unterbrochen und zwar, worauf es hier besonders ankommt, derart, daß die dem Empfänger zugehende E. nicht mehr als auf dem Handlungswillen des Erklärenden beruhend angesehen werden kann. Einige Beispiele mögen dies zeigen: Der mit der Übermittlung einer Kündigung beauftragte Bote verfällt in Geisteskrankheit und überbringt statt der Kündigung einen Verzicht auf die rückständigen Mietzinsen. Liegt der Fall so, daß weder der Erklärende noch der Empfänger die Geisteskrankheit des Boten erkennen konnten, so müßte nach der h. M. der Erklärende den Verzicht gemäß § 120 anfechten und unter Umständen nach § 122 den Vertrauensschaden ersetzen. Ein höchst unbefriedigendes Ergebnis! Oder der geisteskranke Telegraphenbeamte übermittelt völlig verschiedene Erklärungen. Häufiger schon dürfte der Fall sein, daß durch ein Naturereignis die Unrichtigkeit der E. herbeigeführt wird. Das den Postsack enthaltende Flugzeug stürzt infolge Blitzschlages ab, es gelingt jedoch, aus der brennenden Maschine den bereits angekohlten Postsack zu bergen. Trotz der teilweisen Verstümmelung und Unleserlichkeit einzelner Anschriften werden die Briefe zugestellt. Dabei entstehen Irrtümer, die von den Empfängern auch bei Beobachtung aller Sorgfalt nicht erkannt werden konnten. Endlich sei noch der Fall erwähnt, daß der Bote infolge einer plötzlich eingetretenen Hochwasserkatastrophe nicht in der Lage ist, die ihm zur Übermittlung aufgetragene befristete Annahmeerklärung rechtzeitig zu überbringen. In all diesen Fällen wird der kausale Verlauf des Erklärungsweges durch ein unberechenbares und mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln unabwendbares Ereignis abgeändert, so daß die bei dem Empfänger ankommende E. dem Absender nicht mehr zugerechnet werden kann. Infolgedessen findet auch der § 120, dessen Anwendung die Bejahung der Zurechnung voraussetzt, keine Anwendung. Die durch höhere Gewalt entstellte E. ist ohne weiteres nichtig.

Es kommt hinzu, daß die höhere Gewalt in dem BGB. niemals haftungsbegründend, sondern stets haftungsaufhebend wirkt; sie begründet sogar eine Ausnahme von der weitgehenden Zufallshaftung in gewissen Vertragsverhältnissen und der Haftpflicht der Eisenbahnen für Unfälle. Das Gesetz selbst schließt eine Haftung für höhere Gewalt aus. Die Rechtslehre ist dagegen in sich widerspruchsvoll. Auf der einen Seite wird betont, daß die absichtlich unrichtige Übermittlung nicht zurechenbar sei, auf der anderen Seite bejaht man aus denselben Gründen die noch viel weniger zurechenbare Unrichtigkeit durch höhere Gewalt. Einmal wird gelehrt, daß der Grund der unrichtigen Übermittlung gleichgültig sei, dann aber wird kurz darauf dargelegt, daß der Vorsatz des Boten die Anwendung des § 120 ausschließe. Hier zeigt sich die Unbrauchbarkeit der allein auf den

[70]) Bericht der Reichstagskommission vom 12. VI. 1896.
[71]) So insbes. Schulze a. a. O. S. 55 ff.

Einzelfall abstellenden Methode. Wäre man auf das Grundsätzliche eingegangen, so würde man an ' er gegenteiligen Ansicht der Reichstagskommission nicht gescheitert sein. So wertvoll die Materialien zum BGB. auch sein mögen, so stellen sie doch niemals ein zwingendes Auslegungsmaterial dar. Als ein solches hat sie die Rechtslehre in unserem Fall bisher aufgefaßt. Die Schriftsteller, die eine Anwendung des § 120 bei einer durch Vorsatz des Boten hervorgerufenen unrichtigen Übermittlung ablehnen, hätten zumindest prüfen müssen, ob nicht die gleichen Gesichtspunkte auch für den Grund der höheren Gewalt zutreffen würden. Statt dessen begnügte man sich mit einem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. Unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung ist aber die gleiche Behandlung dieser beiden Fälle begründet. Daher müssen wir auch den Fall der durch höhere Gewalt hervorgerufenen Unrichtigkeit der Übermittlung als nicht zurechenbar aus dem Anwendungsgebiet des § 120 ausscheiden.

C. Einzelne in der Rechtslehre bestrittene Fälle der unrichtigen Übermittlung.

Hier sollen noch fünf weitere Streitfälle einer Prüfung dahin unterzogen werden, ob der § 120 auf sie Anwendung findet. Es sind dies die Fälle einer objektiv ganz anderen und der absichtlich unrichtigen Übermittlung, die Übermittlung an den Nicht-Adressaten, die verfrühte oder verspätete Übermittlung und endlich der Fall, wo die Art und Weise der Übermittlung Abweichungen aufweist. Die beiden ersten Fälle sollen gemeinsam und ausführlich dargestellt werden, da sie in der Rechtslehre besonders viel Anlaß zu Streitigkeiten gegeben haben.

I. Die Übermittlung einer objektiv anderen E. und die absichtlich unrichtige Übermittlung.

Von jeher ging die entscheidende Frage in der Rechtslehre dahin, ob dem § 120 nicht Grenzen zu ziehen seien derart, daß in den Fällen, wo eine ganz andere E. oder absichtlich unrichtig übermittelt wird, die E. ohne jede Anfechtung als nichtig anzusehen sei. In der Rechtslehre bestehen hinsichtlich dieser Grenzziehung im wesentlichen vier Ansichten.

Die erste Ansicht läßt jede unrichtig übermittelte We. unter § 120 fallen, gleichgültig, ob dieselbe aus Versehen oder absichtlich unrichtig übermittelt wurde, gleichgültig aber auch, ob es sich um eine unerhebliche oder eine so erhebliche Unrichtigkeit handelt, daß eine E. ganz anderer Art als die aufgetragene dem Empfänger zugegangen ist. Die Ansicht wird besonders von Fleck, v. Tuhr und Rosenberg vertreten. v. Tuhr führt aus [72]: „Eine unrichtig übermittelte E. ist dem Urheber auch dann zuzurechnen, wenn der ursprüngliche Sinn gänzlich entstellt ist, denn eine Grenzlinie zwischen unrichtiger Wiedergabe und völliger Entstellung läßt sich weder ziehen noch durch die ratio des § 120 rechtfertigen", und auf Seite 412 fährt er fort: „Auch darauf kommt es bei mittelbaren E. nicht an, ob die Fehler durch Zufall, Fahrlässigkeit oder durch bösen W. der übermittelnden Personen entstanden sind." Außer diesen Gründen meint v. Tuhr, es erscheine billiger, den Schaden nicht dem Empfänger, sondern dem Absender der E. aufzuerlegen, da er sich auf die mittelbare E. eingelassen habe, statt den sicheren Weg der unmittelbaren E. zu wählen. Auch sei es dem Auftraggeber in der Regel leichter, gegen die zur Übermittlung bestellte Person Rückgriff zu nehmen. Wenn v. Tuhr weiter behauptet, daß das Gesetz dem mittelbar Erklärenden in § 120

[72]) a. a. O. II, 1 S. 411/2.

das Risiko der unrichtigen Übermittlung aufbürde, so folgt dies schon aus dem Wesen der We. als legal-begrifflicher Mitteilung, gibt uns aber keinen Aufschluß darüber, wie weit diese Zurechnung im einzelnen nun gespannt werden darf. Folgerichtig kommt v. Tuhr auch dazu, den Erklärenden für eine nichtrechtsgeschäftliche We. haften zu lassen, wenn durch die unrichtige Übermittlung die Mittelsperson diese in eine rechtsgeschäftliche verwandelt hat. Dagegen sei § 120 nicht gegeben, wenn eine gar nicht beauftragte Person eine angeblich von dem Absender herstammende E. überbringe. Aber liegt der Fall wirklich so ganz anders, wenn ich jemanden beauftrage, mir ein bestimmtes Buch aus der Bibliothek abzuholen, dieser Bote statt dessen aber ganz bewußt, vielleicht um mir einen Schabernack zu spielen, in ein Automobilgeschäft geht und dort den teuersten Wagen für mich aus der Fabrik kommen läßt? Erscheint in diesem Fall meine Haftung auch noch billig?

Etwas ausführlicher begründet Fleck [73]) seinen Standpunkt. Er weist nach, daß die Entstehungsgeschichte des § 120 lehre, daß selbst ein dolus des Boten in der Übermittlung die Verantwortlichkeit des Herrn nicht aufzuheben vermöge. Die von Dr. Gebhardt [74]) vorgeschlagene Einschränkung, daß der Geschäftsherr dann nicht anzufechten brauche, wenn die unrichtige Mitteilung seiner E. die Folge von Umständen sei, die außer aller Berechnung lägen (worunter Dr. Gebhardt auch den Fall mit inbegriffen glaubte, in der die Mittelsperson die E. absichtlich falsch übermittle), sei von der I. Kommission [75]) nicht angenommen worden. Auch die Ausnahme der II. Kommission, die Schadensersatzpflicht dann nicht eintreten zu lassen, wenn die Unrichtigkeit ihren Grund in höherer Gewalt habe, sei von der Reichstagskommission wieder gestrichen worden. Aus dem Bericht gehe hervor, daß nach Ansicht dieser Kommission der Grund der Übermittlung und ihrer Unrichtigkeit vollkommen gleichgültig sei und daß es die Sicherheit des Verkehrs erfordere, diesen Fall nicht anders zu behandeln wie alle übrigen Fälle unrichtiger Übermittlung auch [76]). Weiterhin begründet Fleck seinen Standpunkt mit einem Hinweis auf § 278 [77]) und lehrt, daß der § 120 nichts weiter sei als die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf den Zeitraum, währenddessen der Vertrag noch in der Entstehung begriffen sei. Fleck sieht aber selbst ein, daß es „exorbitant" und geradezu der Billigkeit widersprechend erscheine, wenn man den Geschäftsherrn für eine absichtliche unrichtige Übermittlung haften lassen wolle [78]). — Man beachte betreffs der Billigkeit nur die gegenteilige Ansicht bei v. Tuhr! — Diese Unbilligkeit versucht Fleck dadurch zu mildern, daß er einmal den Botenbegriff gegenüber dem des Stellvertreters sehr weitgehend einschränkt und sich im Zweifel stets für Stellvertretung entscheidet, zum anderen mit einem Hinweis auf die Vorschrift des § 122 Absatz II, wonach eine Schadensersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte. Wenn Fleck auf den Fall Weiller-Oppenheim hinweist und hierbei fragt, was dann nicht mehr unter § 120 falle, so ist zuzugeben, daß die Grenze zwischen einer unrichtigen und objektiv ganz anderen E. im Einzelfall sehr schwierig zu ziehen sein wird. Aber es darf dabei doch nicht vergessen werden, daß es sich gerade in diesem Falle um einen Irrtum und nur um einen Irrtum der Mittelsperson (Anstalt) handelte, dagegen eine Haftung für die absichtliche Entstellung durch dieselbe nicht bejaht wurde.

---

[73]) a. a. O. S. 395 ff.
[74]) S. 111 des Berichtes über „Das Rechtsgeschäft", Culpa in contrahendo.
[75]) S. Entwurf I.
[76]) S. Mugdans Materialien a. a. O. Bd. 1 S. 965.
[77]) a. a. O. S. 396.
[78]) a. a. O. S. 397.

Rosenbergs [79]) Begründung ist nur dadurch verständlich, daß dieser Schriftsteller jeden begrifflichen Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter leugnet. Aber gerade bei der unrichtigen Übermittlung zeigt sich die Schwäche seiner grundsätzlich nicht haltbaren Lehre. Auch der Stellvertreter mit spezialisierter Vollmacht fällt nach R. unter die Vorschrift des § 120. Wann aber eine „unrichtige Übermittlung" im Sinne des § 120 und wann ein „Handeln ohne Vertretungsmacht" vorliege, darüber lasse sich keine allgemeine Regel aufstellen. Und in diesem Zusammenhang kommt er auf die für uns maßgebliche Frage zu sprechen, indem er ausführt: „Insbesondere wird man nicht sagen können, daß der § 120 nicht anzuwenden sei, wenn der Bote die Botschaft absichtlich falsch ausgerichtet habe". Dies dürfte zu dem übernächsten Satz in Widerspruch stehen, wo er darlegt: „Im allgemeinen darf man wohl sagen, daß wenn der Bote oder der Vertreter das Geschäft, das ihnen oblag, nach Art und Inhalt dem Typus des aufgetragenen Geschäfts entsprechend ausgeführt haben, die Irrtumsanfechtung des § 120 Platz zu greifen hat ...." Kann aber auch dann noch von einer „entsprechenden" Ausführung des Geschäfts gesprochen werden, wenn die Mittelsperson eine objektiv ganz andere oder absichtlich eine unrichtige E. abgegeben hat? Darüber gibt uns Rosenberg keine Auskunft.

Aßmann [80]), der auch zu dieser Ansicht gerechnet werden muß, bringt im wesentlichen keine neuen Begründungen, betont nur, daß diese Ansicht auch den Bedürfnissen des Verkehrs und den Vorschriften über Treu und Glauben entsprechen würde. „Wer sich eines Boten bediene, müsse auch dessen Böswilligkeit vertreten; sie könne ihn ja nur einmal treffen, das nächste Mal würde er sich eines anderen Boten bedienen." Diese Begründung aber, und das gilt insbesondere von dem letzten Satz, ist nichtssagend; dasselbe gilt von seinem dort gebrachten Beispiel [81]).

Demgegenüber schränkt die zweite Ansicht die Anwendung des § 120 erheblich ein. § 120 soll hiernach keine Anwendung finden, wenn die Mittelsperson nicht die aufgetragene, sondern eine objektiv ganz andere We. abgegeben habe. In diesem Fall sei die E. ohne jede Anfechtung nichtig. Dabei ist es nach dieser Meinung gleichgültig, ob die Mittelsperson die E. nur versehentlich oder absichtlich unrichtig übermittelt hat. Ausschlaggebend ist allein das Vorliegen einer objektiv ganz anderen E. Die Grenzziehung erfolgt also nach objektiven Gesichtspunkten, und zwar nach dem Grad der Abweichung von der ursprünglichen E. Hierhin sind vor allem Planck, Enneccerus-Nipperdey, Dernburg, Crome, Biermann, Frz. Leonhard, Falkmann, Kern und andere zu rechnen. Zu beachten ist, daß Dernburg und in der neusten Auflage auch Enneccerus-Nipperdey die Grenze sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Merkmalen ziehen, also streng genommen zu der vierten Gruppe zu zählen sind.

Planck-Flad [82]) geht davon aus, daß der Bote zur Übermittlung einer We. auch wirklich beauftragt sein müsse. Dagegen liege jene Voraussetzung nicht vor, wenn die Mittelsperson, die beauftragt sei, eine Einladung zu einem Mittagessen zu bestellen, statt dessen einen Verkaufsantrag über ein Landgut überbringe. Hier sei nicht mehr die aufgetragene, sondern eine E. ganz anderer Art übermittelt. Von diesem Fall geht Planck nun aus — man beachte, daß dieser Ausgangspunkt schon von v. Tuhr als unrichtig angesehen wird — und lehrt, daß man wohl noch einen Schritt weiter gehen und voraussetzen müsse, daß die We. nicht von ganz anderer Art sei, als die wirklich abgegebene. Daß eine Grenzziehung

---

[79]) a. a. O. S. 295.

[80]) a. a. O. S. 110.

[81]) Auch die Abhandlungen von Fromm und Franke stimmen mit dieser ersten Ansicht überein. Ihre Begründungen bringen nichts wesentlich Neues.

[82]) Kommentar a. a. O. zu § 120, 1a S. 292.

zwischen dieser für den Herrn unverbindlichen und der bloß unrichtig übermittelten keine ganz scharfe ist, erkennt auch Planck. „Die Grenze müsse im Einzelfall unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs und der gesamten Umstände gefunden werden.“ Die Ansicht, daß man unterscheiden müsse, ob die E. absichtlich oder infolge Versehens unrichtig übermittelt worden sei, lehnt Planck mit der Begründung ab, daß sie weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck der Vorschrift des § 120 vereinbar sei und häufig auch zu einer schwierigen Beweisführung nötige.

Enneccerus-Nipperdey [83]) begründet seine Stellungnahme auch mit einem Hinweis auf den Wortlaut. Daß uns dieser aber keine sichere Auskunft geben kann, wurde schon oben dargelegt. Ferner beruft sich jener Schriftsteller auf die Billigkeit: Es sei äußerst unbillig, den Auftraggeber auch dann für gebunden zu halten, wenn der Bote, der z. B. den Sattler zur Geschirrausbesserung bestellen sollte, demselben ein Verkaufsangebot über Pferde und Wagen überbringe. Welch ein unsicherer Faktor in unserer Frage aber die Billigkeit ist, geht daraus hervor, daß v. Tuhr in einem ähnlichen Falle gerade die entgegengesetzte Ansicht für billiger hält. Und wo liegt wiederum die Grenze zwischen einer unrichtig übermittelten We., für die ich einzustehen habe, und einer objektiv ganz anderen, an die ich nicht gebunden sein soll. Enneccerus-Nipperdey hält eine Grenzziehung nicht für so unmöglich, wie bisweilen behauptet werde. Aber ist die E.: „Kaufen Sie“ nicht auch eine ganz andere als: „Verkaufen Sie“? Und doch ist in der Rechtslehre unbestritten, daß dieser Fall noch unter § 120 fällt! War er doch geradezu der Anlaß zur Schaffung dieses Paragraphen.

Kern [84]) weist zur Begründung der objektiven Grenzziehung darauf hin, daß eine Bindung des Geschäftsherrn an eine objektiv ganz andere E. offensichtlich unser Rechtsempfinden verletze und führt mit Manigk [85]) aus, daß die auf Treu und Glauben aufgebaute, das Interesse des Empfängers schützende vorläufige Wirksamkeit des § 120 sich nur so weit rechtfertigen lasse, als die ihren anderseitigen Rechtsgrund bildende Verantwortlichkeit des Absenders des Boten billigerweise ausgedehnt zu werden vermöge. Manigk gelangt aber von diesem Grundsatz ausgehend zu dem gegenteiligen Standpunkt! Kern gibt zu, daß die Grenzziehung im Einzelfall nicht immer leicht sei; aber diese Frage sei einer allgemeinen Reglung nicht zugänglich.

Titze [86]) lehrt ebenfalls, daß die Anwendung des § 120 nicht von der Art des Verschuldens abhängen könne. Maßgebend sei vielmehr, ob das, was die Mittelsperson dem Adressaten überbringe, noch als (wenn auch entstellte) Reproduktion der ihm aufgetragenen E. angesehen werden könne, oder ob es als Produktion einer gänzlich anderen E. bezeichnet werden müsse. Eine Begründung läßt Titze vermissen. Das gleiche gilt von Dernburg [87]) und der nicht ganz klaren Stellungnahme von Crome [88]).

Als Anhänger der zweiten Ansicht sind endlich noch Frz. Leonhard [89]), Biermann [90]) und Falkmann [91]) zu nennen.

Im Gegensatz zu der oben geschilderten Ansicht zieht die heute wohl herrschende Meinung die Grenze nach subjektiven Momenten. Nach dieser Lehre be-

---

[83]) a. a. O. Bd. 1 § 157, I, 3 S. 521, s. auch Anm. 10.
[84]) a. a. O. S. 15.
[85]) I. u. A. S. 252 Anm. 2.
[86]) In Hdwb. d. R.W. Bd. 3 S. 374.
[87]) Bürg. Recht a. a. O. § 145, 5 S. 436.
[88]) a. a. O. S. 422 Anm. 12.
[89]) Lehrb. i. k. S. S. 30, 4Ab.
[90]) a. a. O. § 69, 1c S. 244.
[91]) a. a. O. S. 54.

darf es einer Anfechtung nach § 120 dann nicht, wenn die Mittelsperson die E. bewußt und absichtlich verfälscht. Nicht ausschlaggebend ist also das Vorliegen einer objektiv ganz anderen E., sondern daß die zu übermittelnde E. absichtlich, bewußt oder eigenmächtig von der Mittelsperson entstellt worden ist. Die Begründungen sind im einzelnen verschieden.

Oertmann [92]) geht davon aus, daß der Erklärende zwar für den E.-Mittler hafte; überbringe die Mittelsperson aber eine ihr nicht aufgetragene E., so gehe sie über die Aufgabe als bloßer Mittler hinaus und werde zum Träger einer eignen E. [93]). Auch widerspreche eine solch weitgehende Haftung des Geschäftsherrn der Bestimmung des § 831. Das Tun der Mittelsperson gegenüber dem Empfänger sei regelmäßig ein unerlaubtes (§ 826). Auf Grund des § 831 habe aber der Geschäftsherr die Entlastungsmöglichkeit gegenüber dem Dritten; d. h. er kann die Schadensersatzpflicht dadurch von sich abwenden, indem er nachweist, daß er bei der Auswahl der Mittelsperson die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Diese Entlastungsmöglichkeit sei ihm aber dann nach § 120 genommen. Weiterhin betont Oertmann, daß der Grund der Haftung aus § 120 doch nur der sei, daß man für die mit der Verwendung von Mittelspersonen verbundenen typischen Gefahren aufkommen müsse. Die absichtliche Verfälschung sei aber keine typisch berechenbare Gefahr, sie sei nicht größer als die Gefahr, daß ein überhaupt nicht Beauftragter eine angeblich von einem anderen herstammende E. überbringe [94]).

Andere Schriftsteller [95]) betonen, daß in § 120, ähnlich wie auch in § 119, auf dessen Voraussetzungen der § 120 verweise, es sich stets um einen unbewußten Vorgang handeln müsse. So sucht Josef [96]) aus der Fassung der §§ 119, 120 herauszulesen, daß eine absichtlich unrichtige Übermittlung nicht dem § 120 zu unterstellen sei. Die Voraussetzung des § 119 sei eine irrtümlich unrichtig abgegebene E. Da nun aber nach § 120 die Vorschrift des § 119 auch auf den Fall der unrichtigen Übermittlung Anwendung finden solle, so sei hiermit zum Ausdruck gebracht, daß auch in diesem Falle eine irrtümlich unrichtige E. vorausgesetzt werde. So hebt auch Breit hervor, daß man theoretisch die Parallele zu 119 wahren müsse und den Fall der absichtlichen Entstellung nicht unter § 120 subsumieren dürfe [97]). Auch Stark [98]), Löwenwarter [99]), Lehmann [100]) und der Reichsgerichtsräte-Kommentar [101]) weisen auf diesen Gesichtspunkt hin [102]).

Manigk [103]) kommt zu der gleichen Ansicht unter Zugrundelegung seiner Lehre von der Zurechnung. „Wird die We. des A., die B. an C. übermitteln soll, durch B. absichtlich verfälscht, so wird nach allgemeiner Lehre das Vertrauen des C. nicht einmal gemäß der §§ 120, 122 geschützt. Das, was bei C. ankommt und Rechtsschein erzeugt, wird dem A. nicht als We. zugerechnet."

---

[92]) Komment. zu § 120, 4c S. 413.

[93]) Auf diesen Gesichtspunkt weist insbesondere auch Schulze a. a. O. S. 61/2 hin.

[94]) Dagegen insbes. Kern a. a. O. S. 12.

[95]) Löwenwarter, Komment. zu § 120 usw., Josef in Gruch. Beitr. a. a. O. S. 279.

[96]) S. Anm. 95.

[97]) a. a. O. S. 156/7 Anm. 184.

[98]) a. a. O. S. 301.

[99]) Komment. zu § 120.

[100]) a. a. O. § 34, III, 1d S. 253.

[101]) Zu § 120 S. 169.

[102]) Gegen diese Begründung insbes. Kern a. a. O. S. 11 ff.

[103]) In: Stillschw. bew. Vollm. a. a. O. S. 602 Anm. 21.

Einen anderen Gesichtspunkt betont Endemann[104]). Er begründet seine Ansicht damit, daß, wenn z. B. der Bote den zu überbringenden Brief unterschlägt und einen selbstangefertigten abgibt, jeder Kausalzusammenhang fehlen würde. Der Bote habe hier seine eigne, nicht die E. des Auftraggebers abgegeben. Der Fall liege dem anderen sehr nahe, wo jemand fälschlich den Namen eines Dritten dazu benutzt, um auf dessen Rechnung Schulden zu machen. Auch Düringer-Hachenburg[105]) weisen auf diesen letzteren Gesichtspunkt hin. Nur die Gefahr des Versehens sei dem Erklärenden aufgebürdet, nicht aber die Folgen böslichen Handelns anderer.

Dernburg[106]) versucht seine Meinung geschichtlich und auch rechtspolitisch zu rechtfertigen. Maßgebend für die singuläre Bestimmung des § 120 müßten ihre historischen „Antecedentien" sein. Diese wiesen aber auf eine solche Anwendung nicht hin. Man beachte auch hier den entgegengesetzten Standpunkt von Fleck und Kern. Ferner betont Dernburg (Anm. 25), daß, wenn man den Absender auch für eine dolos falsche Ausrichtung einer Botschaft haften lassen wolle, man sein Hab und Gut der Bosheit anderer Personen preisgeben müsse.

Andere Schriftsteller[107]) wieder begründen ihre Stellungnahme neben anderem auch damit, dak sie allein den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen würde. Auch hier muß auf die gegenteilige Ansicht von Aßmann hingewiesen werden.

Als Anhänger der dritten Ansicht sind endlich noch zu nennen: Hölder (Komment. zu § 120), Kornblum (a. a. O. S. 64 ff.), Lüthje (a. a. O. S. 65 ff.), Staudinger-Riezler (a. a. O. zu § 120, 5b). Auch die Rechtsprechung vertritt diesen Standpunkt. (Oberlandesgericht Stuttgart in Recht 1911 Nr. 2298 u. a. Entscheidungen.)

Am weitesten in der Ausschließung des § 120 und damit umgekehrt engsten Auslegung des Wortes „unrichtig" geht endlich die vierte Ansicht. Nach ihr ist eine Anfechtung gemäß § 120 sowohl dann nicht erforderlich, wenn eine objektiv ganz andere E. von dem Boten übermittelt worden ist, als auch dann nicht, wenn derselbe absichtlich und bewußt eine andere E. abgegeben hat. Diese Meinung vereinigt also die oben unter 2) und 3) dargestellten Ansichten; daher kann an dieser Stelle auf ihre Begründung verzichtet werden. Vertreten wird sie insbesondere von Enneccerus-Nipperdey[108]), Mathiaß[109]) und Dernburg[110]).

Eigene Stellungnahme.

Wir sind anläßlich dieser Streitfragen etwas ausführlicher auf die Rechtslehre eingegangen, um die große Verworrenheit der Begründungen darzutun. Es zeigte sich, daß sich die meisten Ansichten auf die Billigkeit und das Verkehrsbedürfnis berufen, ein Zeichen dafür, daß auf diese unbestimmten Größen die Entscheidung nicht aufgebaut werden darf. Aber auch die anderen Begründungen sind nicht immer stichhaltig und oft auch in sich derartig widerspruchsvoll, daß sie schwerlich die Grundlage für eine richtige Entscheidung abgeben können. Doch hat die dritte Ansicht, die eine durch den Boten absichtliche unrichtige Übermittlung nicht unter § 120 einbeziehen will, das Richtige getroffen. Auch wir sind der Ansicht, daß die vorsätzlich durch die Mittelsperson herbeigeführte Unrichtigkeit nicht nach § 120 angefochten zu werden braucht, sondern ohne eine solche nichtig

---

104) a. a. O. Bd. 1 § 71 S. 346 Anm. 16.
105) a. a. O. Bd. 4 S. 131 Anm. 162.
106) Bürg. Recht a. a. O. Bd. 1 S. 437.
107) Schmalfuß a. a. O. S. 48, auch Dernburg a. a. O.
108) a. a. O. § 157, 3a S. 521 Anm. 10.
109) a. a. O. S. 113.
110) Bürg. Recht a. a. O. Bd. 1 S. 436/7.

ist. Der Grund liegt aber, wie auch Manigk schon richtig betont, in der für diesen Fall zu verneinenden Zurechnung.

Aber ganz abgesehen zunächst einmal von einer Begründung durch die Zurechnung können die anderen Ansichten nicht überzeugen. Die geschichtliche Entwicklung hat gezeigt, daß es sich meist um Fälle des Versehens und des Irrtums gehandelt hat und daß demgemäß auch die überwiegende Ansicht des gemeinen Rechts eine Haftung bei vorsätzlich unrichtiger Übermittlung abgelehnt hat. Dies muß auch Fleck zugeben [111]). Er beruft sich aber auf die Entstehungsgeschichte des § 120. Wie uns aber scheint, ist der Fall der absichtlich unrichtigen Übermittlung bei der Schaffung des § 120 keiner eingehenden Erörterung unterzogen worden, jedenfalls ist dies aus den Materialien nicht ersichtlich. Die dolose Übermittlung ist lediglich ein einziges Mal bei der Verhandlung über den Einfluß der höheren Gewalt bei unrichtiger Übermittlung in der II. Kommission erwähnt worden [112]). Die damals überstimmte Minderheit wies nur darauf hin, wie zweifelhaft es sei, ob man eine dolose oder eine infolge einer augenblicklichen geistigen Erkrankung erfolgte Entstellung der Botschaft unter den Begriff der höheren Gewalt einreihen könne. Weiter aber ergeben die Gesetzesvorarbeiten nichts. Es geht aber auch nicht an, wie es Fleck und Kern versuchen, den Gesetzesmaterialien eine solch maßgebliche Bedeutung beizulegen, insbesondere da, wo schon zwischen den einzelnen Kommissionen große Meinungsverschiedenheiten bestanden haben. Flecks weitere Begründung mit einem Hinweis auf § 278 ist treffend; er hätte nur erkennen müssen, daß auch in § 120 die Zurechenbarkeit nicht ohne Bedeutung ist. Auf die Widersprüche zwischen v. Tuhr, Fleck und Aßmann bezüglich der Billigkeit haben wir schon hingewiesen. Die Behauptung v. Tuhrs, daß das Gesetz stets dem Erklärenden das Risiko der falschen Übermittlung aufbürde, bleibt so lange nur eine Behauptung, als er nicht nachweist, daß dies auch für den Fall der absichtlich unrichtigen Übermittlung zu gelten hat.

Aber auch der zweiten Ansicht kann nicht beigetreten werden. Daß aus der Gesetzesbezeichnung „unrichtig" der Ausschluß einer objektiv ganz anderen E. nicht hergeleitet werden kann, wurde schon weiter oben gezeigt. Die Berufung auf die Billigkeit und auf das Verkehrsbedürfnis kann nicht ausschlaggebend sein, da sich ebenfalls die gegenteilige Ansicht auf dieselben beruft. Kornblum [113]) weist mit Recht darauf hin, daß die objektive Grenzziehung auch deshalb dem § 120 nicht entspricht, weil ein Vergleich mit § 119 ergibt, daß eine solche Unterscheidung zwischen unrichtiger und völlig anderer E. vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden ist. Vor allem spricht die Schwierigkeit einer Grenzziehung gegen die zweite Ansicht. Wo ist die Grenze zu ziehen, wenn unbestritten der Fall Weiller-Oppenheim noch unter § 120 fällt? Sind „Kaufen" und „Verkaufen" auch nicht völlig andere E.? Zumindest genau so andere E., wie, wenn der Bote ein Verkaufsangebot überbringen sollte, statt dessen aber aus Versehen, vielleicht weil er mehrere verschiedene E. an verschiedene Empfänger zu überbringen hatte, ein Schenkungsversprechen übermittelt. Ferner scheint es uns auch nicht angebracht, wie Planck-Flad [114]) es will, im Einzelfall die Auffassung des Verkehrs ausschlaggebend sein zu lassen, da diese viel zu unbestimmt ist und daher auch niemals eine sichere Richtschnur geben kann. So kann auch die zweite Ansicht nicht befriedigen. Ihr Gedanke ist aber insofern richtig, als sie auch die Fälle bewußter, absichtlicher Entstellung dann dem § 120 nicht unterstellt, wenn sie objektiv eine

---

[111]) a. a. O. S. 395.

[112]) Protokolle I S. 117.

[113]) a. a. O. S. 30, so auch v. Tuhr a. a. O. II, 1 S. 411, Schulze a. a. O. S. 31.

[114]) a. a. O. zu § 120, 1a S. 292.

ganz andere E. darstellen. Zu beanstanden ist lediglich die Gleichstellung des Irrtums mit der Absicht der Mittelsperson.

Diesen Unterschied betont mit Recht die dritte Ansicht. Es ist etwas ganz anderes, ob sich die Mittelsperson bei der Abgabe der E. irrt, oder ob sie ganz bewußt und absichtlich, vielleicht gar um den Auftraggeber zu schädigen, eine andere E. abgibt. Wo der Bote absichtlich eine falsche E. übermittelt, hört er auf, Bote zu sein und wird zum Träger einer eignen E. Ein neuer Willensentschluß schafft erst diese andere E. und löst damit jede Beziehung zu der zu übermittelnden E. Durch die Verweisung des § 120 auf die Voraussetzungen des § 119 gibt auch das Gesetz zu erkennen, daß nur ein „Irrtum“ in der E.-Handlung die Anfechtung auszulösen vermag. Es ist unbestritten, daß es sich bei dem Irrtum des § 119 stets um einen unbewußten Vorgang handeln muß, so z. B. die Fälle des Sichverschreibens, Sichversprechens usw. Eine bewußte Abweichung würde eine Täuschungsabsicht darstellen und den Fall zu einem geheimen Vorbehalt nach § 116 stempeln [115]). Da nun nach § 120 eine unrichtig übermittelte E. unter den gleichen Voraussetzungen angefochten werden kann wie eine irrtümlich abgegebene E., so muß man auch in § 120 fordern, wo die Übermittlung genau wie in § 119 auch zur E.-Handlung gehört, daß es sich bei ihrer Fehlerhaftigkeit um einen unbewußten Vorgang bei der Mittelsperson handeln muß. Weicht dagegen die Mittelsperson ganz bewußt von ihrem Auftrag ab, so kann § 120 nicht mehr zur Anwendung kommen, da die gleichen Voraussetzungen des § 119 nicht mehr gegeben sind.

Man könnte einwenden, daß die Verweisung des § 120 auf § 119 sich nur auf den Nachsatz beziehe: „wenn anzunehmen ist, daß .... nicht abgegeben haben würde“. Das entspricht aber nicht dem Wortlaut und dem Sinn des § 120. Es heißt dort, daß unter der gleichen Voraussetzung wie in § 119 angefochten werden kann; die Voraussetzung des § 119 ist aber eine unbewußt irrtümlich abgegebene We. Daher kann § 120 auch nur auf diesen Fall Anwendung finden.

Schwerwiegender ist schon der Einwand von Kern [116]), daß es in § 120 nicht der Erklärende selbst sei, der sich irre, sondern eine von ihm beauftragte Person durch bewußte Entstellung erst die Unrichtigkeit der E. hervorrufe. Der Erklärende (Geschäftsherrntheorie!) irre sich gar nicht bei der Abgabe an den Boten. Dem widerspricht aber einmal, daß § 120 gerade diese durch die Mittelsperson unrichtig übermittelte E. dem Irrtum in der rechtlichen Behandlung gleichstellt, zum anderen, daß die E.-Handlung des Geschäftsherrn erst durch die E. des Boten an den Empfänger wirksam wird. Der Erklärende bedient sich hier des Boten genau so wie sonst der falsch gebrauchten Worte. Wir haben diesen Satz an den Anfang gestellt, indem wir, von der aus § 120 gewonnenen und in dem begrifflichen Wesen jeder We. wiederkehrenden legalen Voraussetzung der „Mitteilung an einen anderen“ ausgehend, die theoretische Konstruktion der Übermittlung gemäß § 120 dahin festlegten: Die Übermittlung ist Bestandteil der E.-Handlung.

Diese Begründung allein greift nicht durch. Entscheidend ist vielmehr auch hier die Frage, ob die Übermittlung einer objektiv ganz anderen E. und die absichtliche Entstellung der zu überbringenden E. dem Erklärenden noch zugerechnet werden kann. Wie schon gezeigt wurde, ist die Übermittlung nichts weiter als die dem Erklärenden nach § 120 zurechenbare E.-Handlung.

Schon die Auslegung steht unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung. Dabei ist zu beachten, daß grundsätzlich für die Auslegung nur die übermittelte E. in Betracht kommt, daß aber deren Sinnbestimmung nur mit Rücksicht auf den

---

[115]) Manigk in Iher. Jhb. Bd. 75 S. 147.
[116]) a. a. O. S. 11.

wirklichen W. erfolgen kann. Jede Zurechnung eines Verhaltens setzt dessen rechtsmaßgebliche Sinnbestimmung voraus. Schon in dem Stadium der Auslegung kann die durch die Zurechenbarkeit bedingte Feststellung des E.-Wertes ergeben, daß der Handelnde für diesen nicht verantwortlich gemacht werden kann. Durch Anknüpfung der Sonderbeziehung ist ein Vertrauensverhältnis entstanden, das beiden Parteien gewisse Rechtspflichten auferlegt, deren schuldhafte Verletzung die Zurechnung erzeugt. Danach hat der Erklärende die Pflicht, richtig zu erklären, der Empfänger die Pflicht, unter sorgfältiger Beobachtung aller Verständnismöglichkeiten und sonstiger Umstände (Telegrammstil!) den richtigen Rückschluß auf den W. des Erklärenden als den wirklichen Willen zu treffen. Geht dem Empfänger daher eine unglaubwürdige, inhaltlich unverständliche E. zu, wie dies sehr oft gerade bei der objektiv und subjektiv unrichtigen Übermittlung der Fall sein wird, so wird er zu prüfen haben, ob diese E. auch dem W. des Absenders entspricht. Gibt der Bote z. B., indem er die beiden ihm aufgetragenen E. verwechselt, bei dem Weinhändler Meyer eine Annahmeerklärung seines Herrn über ein diesem von dem Schuhhändler Meyer gemachtes Schuhangebot ab, bei dem Schuhhändler Meyer dagegen ein größeres Angebot in Weinsorten, so sind diese falsch übermittelten E. dem Absender nicht zuzurechnen, da die Empfänger derselben erkannten, zumindest aber erkennen mußten, daß hier eine Verwechslung vorliegen könne. In diesen Fällen aber haben sie keinen Anspruch darauf, daß sie in ihren Vertrauen auf die Richtigkeit der E. geschützt werden [117]). Nur wenn sie ohne Fahrlässigkeit annehmen konnten, daß die E. für sie bestimmt war, findet eine Zurechnung des E.-Wertes statt. In Zweifelsfällen wird den Empfänger unter Umständen eine Erkundigungspflicht treffen [118]). Auf diese Weise können schon eine Reihe derartiger Fälle aus dem Anwendungsgebiet des § 120 ausgeschieden werden [119]).

Wie schon erwähnt, steht auch der § 130 unter dem Begriff der Zurechnung. Danach kann dem Erklärenden auch hier nach Treu und Glauben nur das zugerechnet werden, wofür er verkehrsmäßig auch verantwortlich gemacht werden kann [120]). Kann er aber für die objektiv und subjektiv unrichtige Übermittlung verantwortlich gemacht werden? Das erste muß bejaht, das zweite verneint werden. Zunächst einmal besteht zwar ein Bedingungs-Kausalzusammenhang zwischen dem richtunggebenden Verhalten des Handelnden und dem bei dem Empfänger zugegangenen E.-Effekt sowohl bei der Übermittlung einer objektiv ganz anderen E. als auch bei der absichtlich durch die Mittelsperson herbeigeführten Unrichtigkeit. Sie beruhen beide mit auf einer Handlung des Erklärenden. In beiden Fällen hat er die Mittelsperson beauftragt und sie in Richtung des Empfängers abgeschickt, um die Zugänglichmachung seiner E. zu ermöglichen. Das Zivilrecht geht jedoch von einem engeren Kausalverhältnis aus. Es ist anerkannten Rechts [121]), daß selbst beim Vorliegen eines Bedingungs-Kausalzusammenhanges der Erfolg im Rechtssinne dann nicht als Folge der Tatsache betrachtet werden kann, wenn diese ihrer allgemeinen Natur nach für die Herbeiführung eines derartigen Erfolges ganz indifferent war und nur infolge anderer außergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Erfolges wurde (Theorie der adäquaten Verursachung). Ein solcher adäquater Kausalzusammenhang ist bei der Übermittlung einer objektiv ganz anderen E. gegeben. Wenn dagegen der Bote bewußt und absichtlich eine andere E. übermittelt, so beruht die Unrichtigkeit

[117]) Brinkmann a. a. O. S. 54, Manigk in I. u. A. S. 109.
[118]) Manigk in R.G. Festg. Bd. 6 S. 154 Anmerkung 76.
[119]) S. dazu auch § 13 dieser Arbeit (Allgemeines).
[120]) Manigk, Beitr. zum Wirtschaftsrecht a. a. O. S. 599.
[121]) S. statt vieler Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 235, III. R.G. in Z.S. Bd. 81 S. 360 ff., Bd. 72 S. 326.

nicht auf einem regelmäßigen, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechenden Kausalverlauf, so daß sie schon aus diesem Grunde dem Erklärenden nicht zurechenbar ist. Es kommt hinzu, daß die E.-Handlung auch subjektiv auf dem Handlungswillen des Erklärenden beruhen oder doch in irgendeiner Weise von ihm schuldhaft verursacht worden sein muß, wobei auch die fahrlässige Verursachung des Zugangs eine Rolle spielt. Im Rahmen des § 120 gibt es aber nur vorsätzliche We., denn wer einen Boten mit der Übermittlung einer Botschaft beauftragt, will dem Dritten auch notwendig eine Mitteilung machen. Führt der Erklärende den Zugang einer We. fahrlässig herbei, sei es, daß der Direktor in dem schon oben erwähnten Beispiel den Brief aus Versehen vorzeitig in das für die abgehende Post bestimmte Fach legt und der Brief nun von dem allgemein zur Übermittlung ermächtigten Boten an den Empfänger gebracht wird, so beruht dieser fahrlässig herbeigeführte äußere E.-Tatbestand nicht auf einer unrichtigen Übermittlung durch den Boten, denn dieser hat ja die ihm aufgetragene We. durchaus richtig übermittelt, sondern allein auf dem die primäre Zurechnung begründeten fahrlässigen Verhalten des Direktors. Infolgedessen findet hier, was insbesondere gegenüber Brinkmann [122]) klarzustellen ist, nicht eine Anfechtung wegen unrichtiger Übermittlung nach § 120, sondern eine solche wegen Irrtums nach § 119 statt. Denn der Direktor wollte eine E. dieses Inhalts nicht abgeben. In den weiteren von Brinkmann in diesem Zusammenhang gebrachten Fällen, wo eine nicht beauftragte Person eine selbstangefertigte Quittung überbringt oder ein gedrucktes Blankett benutzt, findet § 120 schon deshalb keine Anwendung, weil es hier an der nach § 120 erforderlichen „Verwendung" der Mittelsperson fehlt. § 120 setzt stets voraus, daß jemand auf Geheiß des Erklärenden tätig geworden ist [123]).

Der Übermittlungsvorgang muß also auch subjektiv durch den W. des Erklärenden verursacht worden sein [124]). Beruht die unrichtig übermittelte E. auf dem Handlungswillen des Absenders, so ist sie ihm mit dem Gegenrecht der Anfechtung zuzurechnen. Die unrichtige E. ist aber auch dann noch auf den W. des Erklärenden zurückzuführen, wenn sie infolge eines Versehens der Mittelsperson zu einer objektiv ganz anderen E. geworden ist. Denn die Übermittlung ist die E.-Handlung des Herrn, der Bote nur sein E.-Werkzeug; erst das richtunggebende Verhalten des Herrn macht den Boten zum Übermittler, sein W. lebt in dem Boten fort. Gerade so wie der Erklärende sich in der Wahl seiner Worte irren kann, so kann auch der Bote, der ja rechtlich nichts anderes ist als das Willenskundgebungsorgan seines Auftraggebers, sich irren und zwar derart, daß eine objektiv ganz andere E. zugänglich gemacht wird. Diese muß dem Erklärenden aber zugerechnet werden, da sie subjektiv auf seinem richtunggebenden Verhalten beruht und dieses Verhalten durch die Mittelsperson auch keine Abänderung erfahren hat. Das ändert sich aber in dem Augenblick, wo der Bote vorsätzlich die We. unrichtig übermittelt. Hier vernichtet er den die E. tragenden Handlungswillen und setzt an dessen Stelle seinen eignen Handlungswillen. Er sagt sich dabei: Die E. des A. überbringe ich nicht; aber ich werde eine andere E. abgeben und gegenüber dem Empfänger so tun, als sei dies die mir von dem A. aufgetragene Botschaft. Hier setzt die Mittelsperson ganz bewußt an die Stelle der bisherigen E. ihre eigne und unterbricht so vorsätzlich den Kausalverlauf [125]). Die E. des Absenders findet da ihr Ende, wo der Bote seine E. unterschiebt. Der Fall liegt ähnlich dem anderen, wo der Erklärende zunächst etwas erklären wollte,

---

[122]) a. a. O. S. 55/6.

[123]) S. § 12 dieser Arbeit.

[124]) Brinkmann a. a. O. S. 55, Manigk in Jur. Wo. 1930 S. 2196.

[125]) Brinkmann a. a. O. S. 56 weist mit Recht auf die Parallele zu der mittelbaren Täterschaft im Strafrecht hin.

ehe dieses aber dem Dritten zur Kenntnis gelangt, seinen W. ändert und nachher eine ganz andere E. abgibt. Oertmann[126]) lehrt treffend, daß im Falle der absichtlich unrichtigen Übermittlung der Bote über die Tätigkeit als bloßer Mittler hinausgehe und zum Träger einer eignen E. werde. Diese eigenmächtige Handlung kann dem Erklärenden aber niemals zugerechnet werden. Infolgedessen findet auch der § 120 keine Anwendung.

Wir haben dieses Ergebnis weiter oben auch mit der Gleichstellung des § 120 mit § 119 begründet. Auch der von Oertmann hervorgehobene Gesichtspunkt, daß das Gesetz da, wo es jemanden für den von einer Person oder Sache verübten Schaden verantwortlich macht, dem Betroffenen wenigstens den Beweis offen läßt, daß er das, was von ihm billigerweise verlangt werden kann, getan hat, um einen Schaden möglichst zu verhüten (§§ 831, 832, 834, 836), rechtfertigt unsere Ansicht. Denn dieser Beweis würde ihm entzogen werden, wenn man jede bewußt unrichtige Übermittlung dem § 120 unterstellen würde. Auch hierin sehen wir das Bestreben des Gesetzes, den Erklärenden nur für eine solche Handlung verantwortlich zu machen, die ihm auch zugerechnet werden kann.

Planck-Flad[127]) hält der hier vertretenen Ansicht entgegen, daß sie zu einer oft sehr großen Beweisschwierigkeit führen müsse. Es sei im Einzelfall gar nicht nachzuweisen, ob eine absichtlich unrichtige Übermittlung vorliege oder nicht. Von diesem praktischen Standpunkte aus aber dürfte das Recht Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt nicht unterscheiden. Im allgemeinen wird man aus den Beweggründen der Mittelsperson und den Indizien auf eine Absicht schließen können. Will diese z. B. dem Auftraggeber einen Schabernack spielen, will sie ihn schädigen oder sich sonst durch die unrichtige Übermittlung einen Vorteil verschaffen, so dürfte in der Regel eine absichtlich unrichtige Übermittlung vorliegen. In Zweifelsfällen wird der Erklärende sicher gehen, wenn er die E. erst einmal anficht. Stellt sich dann nachher die Absicht der Mittelsperson heraus, so ist er von der Ersatzpflicht nach § 122 befreit.

Endlich trifft auch ein letzter Einwand nicht zu. Man hat nämlich geltend gemacht, daß nach der hier vertretenen Ansicht auch jede noch so unerhebliche Abweichung, wenn sie nur absichtlich erfolge, für den Geschäftsherrn unverbindlich sei. Demgegenüber ist aber zu betonen, daß es sich einmal bei absichtlichen Entstellungen in den meisten Fällen um erhebliche Abweichungen handeln wird, zum anderen, daß eine Berufung auf jede noch so unbedeutende Abweichung den Grundsätzen von Treu und Glauben und auch der in § 119 niedergelegten Einschränkung widersprechen würde und schon deshalb nicht statthaft sein dürfte.

Als Ergebnis können wir daher feststellen: Grundsätzlich findet § 120 auf die Übermittlung einer objektiv ganz anderen E. Anwendung, da diese dem Erklärenden zurechenbar ist. Hier liegt eine E. des Auftraggebers vor, für deren Wert er verantwortlich ist[128]). Die Zurechnung muß aber bei einer durch die Mittelsperson absichtlich unrichtig übermittelten E. verneint werden. Damit scheidet auch die Anwendung des § 120 für diesen Fall aus und die E. ist ohne jede Anfechtung nichtig. In dem letzteren Fall hat der Erklärende gegenüber dem sich auf den äußeren Rechtsschein berufenden Empfänger zu behaupten und zu beweisen, daß ihm die E. nicht zugerechnet werden kann.

---

[126]) Kommentar a. a. O. zu § 120, 5c S. 413.
[127]) a. a. O. zu § 120, 1a S. 292.
[128]) Manigk in We. u. Wg. S. 271 ff., 499, I. u. A. S. 115.

II. Die Übermittlung an einen Nicht-Adressaten.

Auch bezüglich der Entscheidung dieser Frage bestehen in der Rechtslehre Meinungsverschiedenheiten. So lehnen z. B. Biermann [129]), Franke [130]), Josef [131]), R. Leonhard [132]), Voßwinkel [133]) und andere die Anwendung des § 120 auf den Fall der Übermittlung an einen Nicht-Adressaten ab. Leonhard und Franke begründen ihre Ansicht damit, daß sich das Wort „unrichtig" in § 120 nur auf den Inhalt der E. beziehe, daß aber die Übermittlung an den falschen Adressaten sich als Unrichtigkeit des E.-Aktes selbst darstelle. Franke verweist weiter auf die Bezugnahme des § 120 auf § 119. Genau so wie in § 119 nur der Irrtum über den Inhalt der E. beachtlich sei, müsse auch in § 120 stets eine Abirrung der E. bezüglich ihres Geschäftsinhaltes vorliegen. Josef will aus den dem § 120 zugrunde liegenden Telegraphenprozessen folgern, daß selbstverständliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift sei, daß die We. auch dem richtigen Empfänger zugänglich gemacht werde. Voßwinkel endlich lehrt, daß § 120 möglichst eng ausgelegt werden müsse; er verkennt dabei zwar nicht, daß eine solche Auffassung eine Härte für den falschen Adressaten bedeuten würde, glaubt jedoch, daß diese Fälle außerordentlich selten seien.

Demgegenüber steht die heute herrschende Ansicht auf dem Standpunkt, daß auch der Fall der Übermittlung an einen Nicht-Adressaten als unrichtige Übermittlung bezeichnet werden müsse und bejaht daher die Anwendbarkeit des § 120 [134]). Dieser Ansicht muß auch vorbehaltlich einiger Ausnahmen unter Zugrundelegung der Zurechnung beigetreten werden. Es ist zunächst einmal nicht richtig, daß die Adressierung der E. nicht zum Geschäftsinhalt gehöre. Gerade der von Franke zur Begründung herangezogene § 119 zeigt, daß zum Inhalt einer E. alle diejenigen Bestandteile zu rechnen sind, die zur Festlegung des zu erklärenden Rechtsfolgewillens dienen. Die We. sind begriffswesentlich Mitteilung an andere, die Adressierung bildet daher einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsinhaltes. Sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung ist zudem allgemein anerkannt, daß der Irrtum über die Person des E.-Gegners als Irrtum über den Inhalt der E. aufzufassen ist. Die Bezugnahme des § 120 auf § 119 ergibt also gerade das Gegenteil. Die Begründung von Josef greift nicht durch. Sicherlich waren es in erster Linie die Telegraphenprozesse, die zur Schaffung des § 120 führten; aber diese Tatsache gibt uns doch keinen Aufschluß darüber, ob der Gesetzgeber nur die Fälle einer unrichtigen Übermittlung an den richtigen Adressaten unter § 120 bringen wollte. Das Gesetz spricht ganz allgemein von der unrichtigen Übermittlung einer We.; eine solche liegt auch dann vor, wenn die ihr von dem Erklärenden gegebene Richtung durch die Mittelsperson abgeändert wird.

---

[129]) a. a. O. Bd. 1 § 69, 1c S. 244.

[130]) a. a. O. S. 40/41.

[131]) In Gruch. Beitr. Bd. 51 S. 283 und Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1905 S. 402 ff., 405.

[132]) Irrtum a. a. O. Bd. 1 S. 133.

[133]) Diss. a. a. O. S. 41 ff.

[134]) So insbesondere Aßmann a. a. O. S. 110, Cohn a. a. O. S. 46 Anm. 73, Cosack, Bürg. Recht a. a. O. S. 225, Fleck a. a. O. S. 397, Hölder in Iher. Jhb. Bd. 55 S. 455, Kern a. a. O. S. 16, Kohler a. a. O. S. 505, § 226, Lehmann a. a. O. S. 253, Manigk in I. u. A. S. 252 Anm. 2, Oertmann, Kom. zu § 120, 5b S. 413, v. Tuhr a. a. O. II, 1 § 67 S. 572 und in Zeitschr. f. schweizerisches R. Bd. 16 S. 9, Schmalsuß a. a. O. S. 43, O.L.G. Entsch. Bd. 8 S. 22.

Die Beweisführung von Voßwinkel beruht auf einer nicht bewiesenen Behauptung und Verkennung des wirklichen Lebens. Er hätte auch den Versuch machen müssen, die Gründe für die enge Auslegung des § 120 darzutun. Die Fälle einer Übermittlung an den Nicht-Adressaten sind zudem viel häufiger, als Voßwinkel glaubt. Die gegenteilige Ansicht kann daher nicht überzeugen. Die Zurechnungslage ist genau die gleiche wie in den anderen Fällen auch. Die We. ist legalbegrifflich Mitteilung an andere und daher tatbestandsmäßig erst mit ihrem Zugang vollendet. Bis zu diesem Zeitpunkt reist die E. auf Gefahr des Erklärenden. Alle auf diesem Wege eintretende Unrichtigkeiten hat der Absender zu tragen, soweit nicht die Verneinung der primären Zurechnung eingreift. Zu diesen Unrichtigkeiten gehört auch die Übermittlung an den Nicht-Adressaten. Hierdurch wird auch der Inhalt der E. unmittelbar beeinflußt, denn diese erhält ihren sinngemäßen Inhalt erst durch die Beziehung zu dem Empfänger. Wir tragen daher keine Bedenken, uns der herrschenden Ansicht anzuschließen und auch die Übermittlung an den falschen Adressaten als zurechenbare unrichtige Übermittlung im Sinne des § 120 anzusehen. Irgendein rechtlicher Unterschied zwischen unrichtiger Übermittlung und Übermittlvng an den Nicht-Adressaten besteht nicht.

Doch gilt dieser Grundsatz auch hier nicht ausnahmslos. Wir haben ihn oben schon dahin eingeschränkt, daß nur eine zurechenbare unrichtige Übermittlung der Anwendung des § 120 unterfällt. Es scheiden daher zunächst einmal diejenigen Fälle aus, wo die Mittelsperson absichtlich (vorsätzlich) die We. an einen falschen Adressaten übermittelt. (S. § 13, C I dieser Arbeit.) Aber auch da, wo sich auf Grund der Auslegung ergibt, daß der Empfänger der E. keinen Anspruch darauf hat, in seinem Vertrauen geschützt zu werden, findet der § 120 keine Anwendung. Dies gilt insbesondere dann, wenn er aus der genauen Anschrift oder aus sonstigen Umständen schließen mußte, daß die E. nicht an ihn gerichtet war [135]). Diese E. sind dem Absender nicht zuzurechnen. Nur da, wo der Empfänger auch bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276) der ihm fälschlich überbrachten E. nicht ansehen konnte, daß sie für einen anderen bestimmt war, wird sein Vertrauen geschützt und der Erklärende an die Mitteilung gebunden; hier muß er also gemäß § 120 anfechten. Nach den in § 11 dargelegten Grundsätzen findet § 120 auch niemals da Anwendung, wo die Botschaft schon bei der Abgabe an die Mittelsperson falsch adressiert war; dieser Tatbestand unterfällt nicht dem § 120, sondern dem § 119 [136]). Es sind dies z. B. die Fälle, wo der Erklärende dem Boten die Person des Empfängers falsch bezeichnet oder einen Brief mit einer falschen Anschrift versieht und ähnliche. Dieselben Grundsätze gelten, was insbesondere Brinkmann im Anschluß an E. Cohn [137]) richtig hervorhebt, wenn der Bote mehrere voneinander unabhängige E. zu übermitteln hat und die E. untereinander vertauscht.

Wir haben auch hier nur einige Tatbestände der Übermittlung an den Nicht-Adressaten herausgegriffen. Diese und auch alle anderen können nur von dem Gesichtspunkt der Zurechnung aus entschieden werden. Die erste Frage ist stets die nach der primären Zurechnung, erst bei Bejahung derselben kommt überhaupt § 120 zur Anwendung.

---

[135]) S. Brinkmann a. a. O. S. 59, Kern a. a. O. S. 16, Oertmann, Komment. zu § 119, 10b S. 407, Planck a. a. O. zu § 120, 3 S. 293, Schulze a. a. O. S. 35.

[136]) Brinkmann a. a. O. S. 59, Leonhard, R. Irrtum a. a. O. I S. 134, Schmalfuß a. a. O. S. 45, Schulze a. a. O. S. 36.

[137]) a. a. O. S. 73D.

III. Abweichungen in der Art und Weise der Übermittlung.

Wir haben diese Fälle schon bei den Fragen der Übermittlung gestreift. (§ 11 C S. 52.) Es handelt sich dabei um diejenigen Tatbestände, wo die Mittelsperson eine ihr schriftlich aufgetragene E. mündlich falsch ausrichtet oder umgekehrt. In der Praxis werden sie nicht allzu bedeutend sein, daher braucht auch auf sie hier des Näheren nicht eingegangen zu werden. Grundsätzlich findet § 120 auch dann Anwendung, wenn die Unrichtigkeit der Übermittlung ihren Grund in der Art und Weise der Beförderung hat. Oertmann [138]), Titze [139]) und Franke [140]) wollen hier die E. ohne jede Anfechtung für den Erklärenden unverbindlich sein lassen. Letzterer beruft sich zur Begründung wieder darauf, daß sich das Wort „unrichtig" nicht auf die Art und Weise der Übermittlung, sondern nur auf den Inhalt der zu überbringenden We. beziehe. Oertmann weist wohl auf den gleichen Gesichtspunkt hin, wenn er ausführt: „Hat der Bote die ihm schriftlich übergebene E. mündlich falsch ausgerichtet (etwa, weil er die Urkunde verloren oder verlegt hatte), so haftet er hier nicht, denn die ausgerichtete E. war ihm überhaupt nicht, nicht etwa nur mit anderem Inhalt so aufgetragen." Im übrigen lassen diese Schriftsteller jede Begründung vermissen. Gegen sie ist aber mit der herrschenden Lehre [141]) einzuwenden, daß die Bezeichnung „unrichtig" in § 120 durchaus nicht in dem engeren Sinn aufgefaßt zu werden braucht. Der Sprachgebrauch des Lebens bezeichnet als unrichtig jede Abweichung der zu übermittelnden E., mag sich diese auch nur auf eine Abirrung des Beförderungsweges erstrecken. Unsere Frage geht aber auch hier lediglich dahin, ob die unrichtige Beförderungsart dem Erklärenden noch zugerechnet werden kann; das muß bejaht werden, da die dem Dritten zugänglich gemachte E. auch bei der Abweichung in der Art und Weise der Übermittlung noch auf dem Mitteilungsverhalten des Erklärenden beruht. Es sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, daß der Zugangserfolg selbst dann dem Erklärenden noch zuzurechnen ist, wenn die Mittelsperson den zu überbringenden Brief verloren hat und dieser nun von einem Dritten an die Zugangsstelle befördert wird [142]). Andererseits darf nicht verkannt werden, daß es mitunter Fälle geben wird, wo eine solche Zurechnung recht zweifelhaft sein dürfte. So z. B. dann, wenn der Erklärende gerade durch die schriftliche Niederlegung die Möglichkeit einer unrichtigen Übermittlung auf ein Mindestmaß beschränken wollte. Ist dagegen die schriftliche Niederlegung der E. so wichtig, daß ohne sie die mündliche Übermittlung niemals den rechtlichen Erfolg herbeiführen kann, so ist die unrichtige Art der Übermittlung dem Absender nicht zuzurechnen. Das sind aber nur Ausnahmefälle. In der Regel ist es für die Wirksamkeit einer E. unerheblich, ob die Mittelsperson die mündliche E. schriftlich oder die schriftlich aufgetragene We. mündlich ausrichtet. Hier muß der Erklärende stets nach § 120 anfechten; dieses Recht steht ihm aber auch nur dann zu, wenn die vorgeschriebene Art und Weise der Übermittlung so erheblich war, daß er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die E. so nicht abgegeben haben würde. In den meisten Fällen wird die Abweichung von dem Beförderungsweg und der Beförderungsart für die zu übermittelnde E. nur von geringer Bedeutung sein, so daß die E. in ihrer abgegebenen Form ohne jegliche Anfechtungsmöglichkeit gültig ist.

---

[138]) Komment. zu § 120, 5d S. 413.
[139]) Mißverständnis a. a. O. S. 244.
[140]) a. a. O. S. 31.
[141]) S. z. B. Brinkmann a. a. O. S. 59, Schulze a. a. O. S. 40 u. a.
[142]) Oertmann, Kommentar zu § 120, 3a, Manigk in I. u. A. S. 253.

IV. Die verfrühte oder verspätete Übermittlung.

Die Abweichung in der Art und Weise der Übermittlung kann dann von Bedeutung sein, wenn durch den ursprünglichen Beförderungsweg ein früherer oder späterer Zeitpunkt des Zugangs erreicht werden sollte. Der Absender wollte z. B. den Zugang der Mitteilung erst in einigen Tagen ermöglichen dadurch, daß er den Boten beauftragte, persönlich zu dem Kunden zu reisen und die Mitteilung zu überbringen; statt dessen aber bedient sich der Bote der Telegraphie und bewirkt den Zugang noch an demselben Tage. Aber auch in dem umgekehrten Fall, wo z. B. der Erklärende wegen des sehr niedrigen Kursstandes bestimmter Aktien noch am gleichen Tage ein Kaufangebot übermitteln lassen will, die Mittelsperson dieses aber erst nach einer Woche, wo die Kurse inzwischen wieder erheblich gestiegen sind, dem Empfänger überbringt, ist die Abweichung in der Art und Weise der Übermittlung eine recht erhebliche und von maßgeblicher Bedeutung für den E.-Inhalt. Wir müssen auch hier wieder fragen, ob der § 120 zur Anwendung kommt oder ob in diesen Fällen eine Zurechnung verneint werden muß. Die Rechtslehre übergeht diese wichtigen Fragen meistens mit Stillschweigen [143]).

Schiller und Voßwinkel beschäftigen sich nur mit der verspäteten Übermittlung einer Annahmeerklärung und lehren, indem sie auf die Bestimmungen der §§ 147 ff. über Vertragsannahme hinweisen, daß diese Tatbestände deshalb nicht unter § 120 einzubeziehen seien, weil die §§ 147 ff. eine Sonderregelung für die Folgen unzeitiger Übermittlung treffen würden.

Falkmann [144]) und Kornblum [145]) halten grundsätzlich den § 120 für die nicht rechtzeitige Übermittlung für anwendbar, nehmen aber ausdrücklich den oben erwähnten Fall der verspäteten Übermittlung aus. Beiden Ansichten kann aber nicht beigetreten werden, und zwar aus folgenden Gründen: Die §§ 147 ff. betreffen nur die verspätet eingetroffene Annahmeerklärung und bestimmen lediglich, daß der Anbietende in diesem Falle nicht mehr an sein Angebot gebunden sein soll. Der Zweck des Gesetzes geht dahin, den Anbietenden nur so lange an sein Angebot zu binden, als er den Eingang der Antwort unter den regelmäßigen Umständen erwarten darf. Geht die Annahmeerklärung verspätet zu, so gilt sie nach § 150 als neuer Antrag. Die §§ 147 ff. betreffen also nur einen Sonderfall der unzeitigen Übermittlung einer We. Darunter fällt schon nicht die verfrühte Annahmeerklärung; es fallen aber weiter nicht darunter alle diejenigen unzeitig übermittellten We., die keine Annahmeerklärung darstellen. Man denke nur an eine zu früh oder zu spät übermittelte Kündigung! Für diese Fälle hat das Gesetz keine Sonderbestimmungen getroffen, und es muß daher bei Bejahung der Zurechnung der § 120 zur Anwendung kommen. Wir sind aber auch weiter der Ansicht, daß sich die §§ 120 und 147 ff. keineswegs ausschließen. Die gesetzliche Wirkung der verspätet erfolgten Annahmeerklärung ist nach § 150 die, daß sie als neuer Antrag gilt. Soll der Erklärende aber wirklich an diesen Antrag gebunden sein, wenn er infolge der verspäteten Übermittlung durch die Mittelsperson kein Interesse an einem solchen hat? Es ist doch hier die durch den Boten hervorgerufene verspätete Übermittlung, die den neuen Antrag erst begründet. Schulze [146]) hebt mit Recht hervor, daß da, wo der Absender an der

---

[143]) Erörterungen darüber finden wir nur bei Schulze a. a. O. S. 37 ff., Schiller a. a. O. S. 43, Falkmann a. a. O. S. 55, Kornblum a. a. O. S. 47 und Voßwinkel, Diss. a. a. O. S. 44 Ziffer 6.

[144]) a. a. O. S. 55.

[145]) a. a. O. S. 47.

[146]) a. a. O. S. 38.

rechtzeitigen Übermittlung besonders interessiert war, ihm auch die Möglichkeit der Anfechtung der als neuen Antrag geltenden Annahmeerklärung gegeben werden muß. Wir betrachten daher den § 120 gegenüber den §§ 147 ff. als die allgemeinere Bestimmung, die auf sämtliche We., also auch auf die verspätete Annahmeerklärung Anwendung findet. Gegenüber Voßwinkel [147]) muß endlich noch betont werden, daß der Zeitpunkt, an dem der Zugang einer We. bewirkt werden soll, auch zum Inhalt der E. gehört, was sich insbesondere bei den Börsengeschäften, wo der rechtzeitige Zugang eine erhebliche, den Inhalt einer We. sogar sehr beeinflussende Rolle spielt, am besten zeigt. Abgesehen von der absichtlich unrichtigen Abweichung von der Art und Weise der Übermittlung ist auch in den Fällen der verfrühten oder verspäteten Übermittlung die Zurechnungslage durchaus die gleiche, so daß auch hier eine Zurechnung der unzeitig übermittelten E. stattfindet. Brinkmann [148]), der im übrigen nicht näher auf diese Fragen eingeht, nennt auch den Fall, daß ein Telegramm verspätet ankommt oder doppelt zugestellt wird, als anfechtbar nach § 120. Das ist richtig. Aber der weiter von ihm dort angeführte Tatbestand, daß ein Telegramm ganz in Verlust gerät, dürfte schon deshalb nicht unter § 120 fallen, da dessen Anwendung stets die Mitteilung an einen anderen voraussetzt, hier aber einem anderen gar keine Mitteilung zugänglich gemacht worden ist.

§ 14.

Die zur Übermittlung verwendeten Organe.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen versucht haben, das Anwendungsgebiet des § 120 unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung durch Besprechung einzelner in der Rechtslehre bestrittener Fälle abzugrenzen, soll nun im folgenden auf die Rechtsstellung der Übermittlungsorgane etwas näher eingegangen werden, um auch die letzte Voraussetzung des § 120 zu erschöpfen. Das Gesetz selbst spricht von der „zur Übermittlung verwendeten Person oder Anstalt".

A. Die Anstalt.

Indem das BGB. die Übermittlung durch den Boten derjenigen durch die Anstalt gleichgestellt hat, ist die im gemeinen Recht aufgetauchte Streitfrage über die gleiche Behandlung beider Organe für uns heute erledigt und daher ohne Bedeutung [149]). Sowohl der Bote als auch die Anstalt dienen der Übermittlung von We., ihre Tätigkeit ist genau dieselbe, ihre gesetzlich gleiche Behandlung daher auch gerechtfertigt. Unter Anstalt ist „jede ständige, dem Verkehr oder der Verkehrsvermittlung dienende Einrichtung zu verstehen", wobei es gleichgültig ist, ob sie privat oder öffentlich betrieben wird [150]). Es sind hier vor allem die Post, die Telegraphie- und Telephonanstalt zu nennen. Bezüglich der Telephonanstalt als Übermittlungsorgan im Sinne des § 120 bestehen Meinungsverschiedenheiten. Weyl [151]) weist mit Recht darauf hin, daß bei „Übermittlungen" durch Telephonanstalten es sich um einen Verkehr unter Anwesenden handelt und daher keine We. übermittelt, sondern eine direkte Unterhaltung zwischen den Parteien ermöglicht wird (§ 141 Absatz I Satz 2). Wir haben die Fälle schon weiter oben behandelt und sind zu dem Ergebnis gekommen, daß in dieser All-

---

[147]) a. a. O. Diss. S. 44 Ziffer 6.
[148]) a. a. O. S. 60.
[149]) S. § 3 B II dieser Arbeit.
[150]) Oertmann, Komment. zu § 120, 4 S. 412.
[151]) a. a. O. S. 230.

gemeinheit die Ansicht Weyls nicht richtig ist, daß zwar grundsätzlich telephonische Gespräche nicht unter § 120 fallen, daß es aber eine Reihe wichtiger und häufig vorkommender Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt. Wir haben die Telephongespräche dann als Übermittlung im Sinne des § 120 angesehen, wenn die Unmittelbarkeit der Verhandelnden durch das Dazwischentreten dritter Personen oder irgendwie durch sonstige Betriebsfehler gestört wird. Insoweit ist auch das Fernsprechamt Anstalt im Sinne des § 120. Zu den Anstalten gehören weiter der Rundfunk und ähnliche Einrichtungen (Bildfunk, Ferndrucker usw.). Auch das Konsulat muß als Anstalt angesehen werden, soweit durch dessen Vermittlung Geschäfte inländischer mit ausländischen Firmen oder umgekehrt getätigt werden [152]).

§ 120 nennt nur den Boten und die Anstalt als Übermittlungsorgane. Man wird diese Vorschrift aber sinngemäß auf andere Fälle der Übermittlung ausdehnen können, so z. B. wo durch Meldehunde oder Brieftauben &c. übermittelt werden.

B. Der Bote (Absendungsbote).

In der Rechtslehre wird die zur Übermittlung verwendete Person übereinstimmend als Bote bezeichnet. Über ihren Begriff und ihre Abgrenzung gegenüber dem Stellvertreter bestehen jedoch erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Wenn auch das Gesetz die Stellvertretung in den §§ 164 ff. abschließend geregelt hat, so fehlt bezüglich des Boten außer dem § 120 jede nähere Bestimmung. Das Wort „Bote" wird abgesehen von der für unsere Frage unmaßgeblichen Erwähnung desselben in § 196 Ziffer 3 nirgends ausdrücklich gebraucht. Nur so ist es zu verstehen, daß der im gemeinen Recht ausgetragene Streit zwischen der Selbsthandelnstheorie und der Repräsentationstheorie auch heute noch auf der Grundlage des BGB. fortbesteht. Es sind hier vor allem Schloßmann und Rosenberg zu nennen, die ähnlich wie v. Savigny, Behrend, Ruhstrat u. a. auch nach dem Inkrafttreten des BGB. einen begrifflichen Unterschied zwischen dem Boten und Stellvertreter verneinen; es seien dies keine Rechtsbegriffe, sondern nur der Verkehrssprache entnommen.

Wir müssen auf diese Streitfrage etwas näher eingehen, um den Begriff des Boten im Sinne des § 120 klarzustellen. Behauptet doch Rosenberg, daß auch der Stellvertreter mit spezialisierter Vollmacht nach § 120 zu behandeln sei! Zudem sind die Gründe der Selbsthandelnstheorie durchaus nicht so leicht zu widerlegen, wie das in der Rechtslehre des öfteren hingestellt wird [153]).

Schloßmann hat in seinem Werk von der Stellvertretung der Unterscheidung von dem Boten und Stellvertreter ein ausführliches Kapitel gewidmet [154]). Vertretung ist nach ihm die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten. Indem er den Begriff der Vertretung so weit auslegt und andererseits den Begriff des Handelns im fremden Namen als unbrauchbar und unwesentlich nachzuweisen versucht [155]), kommt er zum Ergebnis, daß sowohl der Bote als auch der Stellvertreter nichts anderes seien als Personen, die fremde Geschäfte für fremde Rechnung besorgen würden. Es könne die Tatsache nicht hinweggeleugnet werden, daß das durch den Boten oder Stellvertreter abgeschlossene Geschäft die gleichen Wirkungen erzeuge. Insbesondere sei nicht fest-

---

[152]) Oertmann, Kommentar a. a. O. zu § 120, 4 S. 412.

[153]) So geht z. B. Kern a. a. O. überhaupt nicht auf die Begründungen der Gegenseite ein, sondern tut sie lediglich damit ab, daß die Beweisführung Rosenbergs zwar sehr temperamentvoll, aber keineswegs überzeugend wirke und auch dem Gesetz geradezu Gewalt antue.

[154]) S. Angabe im Schrifttum.

[155]) a. a. O. Bd. 1 S. 115 ff.

zustellen, welchen Einfluß der Herr und welchen die Mittelsperson auf die Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Inhalts genommen habe. Wenn die h. M. die Begriffe Bote und Stellvertreter danach unterscheide, ob die Zwischenperson selbstbeschließend oder unselbständig aufgetreten sei, so beruhe dies auf der unglückseligen Willenstheorie und auf der Verkennung der römischen Quellen [156]). Das römische Recht habe unter dem Begriff nuntius etwas ganz anderes verstanden [157]), als man heute unter dem Begriff Bote zu verstehen pflege. Weiter weist Schloßmann auf die Schwierigkeit hin, wie die Mittelsperson es anstellen müsse, das eine Mal als selbstbeschließend, das andere Mal als unselbständig aufzutreten [158]). Die Begriffe Bote und Stellvertreter seien keine Rechtsbegriffe, sondern der Verkehrssprache entnommen [159]). Einen gesetzlich nicht anerkannten Unterschied aber theoretisch aufzustellen sei zwecklos und unmöglich; tue man es, so rede man sich diesen Unterschied nur ein [160]).

Ihm folgt im wesentlichen Rosenberg [161]). Er geht davon aus, daß keine der verschiedenen Ansichten imstande sei, eine klare und scharfe Grenzziehung zwischen dem Boten und Stellvertreter herauszuarbeiten [162]), was er im einzelnen näher darzulegen versucht. Auch Rosenberg betont, daß die Ableitung der Unterscheidung aus dem römischen Rechte auf einer falschen Vorstellung des nuntius beruhe, verweist aber ohne jede nähere Begründung auf die Ausführungen Schloßmanns. Vor allem aber begründet er seine Ansicht mit folgenden Erwägungen: Das Kennzeichen der Vertretung sei es, daß der Vertretene den Tatbestand des Rg. ganz oder zum Teil setze. Hierher gehöre aber auch die E. des W. gegenüber dem anderen Teile. Da aber auch hierin gerade die Tätigkeit des Boten bestehe, so müsse auch der Bote nach den Regeln der Stellvertretung behandelt werden und umgekehrt der Vertreter mit spezialisierter Vollmacht nach der Vorschrift des § 120. Anschließend hieran unterzieht er alle Vorschriften, aus denen die h. M. eine unterschiedliche Behandlung herleiten würde, einer eingehenden Betrachtung und kommt zum Ergebnis, daß diese gesetzlichen Unterlagen nicht geeignet seien, eine solche Unterscheidung zu begründen. Aus dem Gedanken des § 165 sei zu schließen, daß auch Geschäftsunfähige sehr wohl Vertreter sein könnten. Des weiteren ergebe sich aus § 166 Absatz II, daß Wissen und Kenntnis nur auf Seiten des Vertretenen zu berücksichtigen seien genau so wie beim Boten [163]), dessen W. und Bewußtsein ebenfalls keine Beachtung fänden. Dieser für den Boten geltende Grundsatz des § 120 sei aber ganz entsprechend auch auf den Vertreter mit spezialisierter Vollmacht anwendbar, insoweit ihm der Inhalt des vorzunehmenden Rg. vom Geschäftsherrn vorgezeichnet sei [164]). Immer da, wo der W. des Geschäftsherrn für die Gestaltung des Rg. maßgeblich sei, komme auch bei der Stellvertretung allein dessen W., nicht der des Vertreters in Betracht; insoweit überbringe also der Stellvertreter als auch der Bote dem anderen Teil die We. des Geschäftsherrn. Rosenberg geht soweit, daß er sogar den Briefträger, der den eine We. enthaltenen Brief überbringt, für einen Vertreter erklärt, weil er das zur Wirksamkeit des Rg. erforderliche Zugehen bewirke [165]).

---

[156]) a. a. O. S. 312.
[157]) a. a. O. S. 315.
[158]) a. a. O. S. 311.
[159]) a. a. O. S. 314.
[160]) a. a. O. S. 310.
[161]) a. a. O. S. 175—296.
[162]) a. a. O. S. 177 ff.
[163]) a. a. O. S. 234 ff.
[164]) a. a. O. S. 226.
[165]) a. a. O. S. 226.

Auch Dernburg[166]), Titze[167]) und Cosack[168]) leugneten ursprünglich einen begrifflichen Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter, haben diese Ansicht aber in späteren Schriften wieder aufgegeben.

Im Gegensatz zu der hier besprochenen, im gemeinen Recht von v. Savigny begründeten und verfochtenen Selbsthandelnstheorie steht die heute und auch schon im gemeinen Recht herrschende Repräsentationstheorie, die einen begrifflichen und rechtserheblichen Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter bejaht. Der Bote ist danach von dem Stellvertreter nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden. Es sei etwas ganz anderes, ob man selbst eine E. abgebe oder nur eine fremde E. übermittle. Es wurde schon bei den geschichtlichen Ausführungen gezeigt, daß diese von Buchka begründete Theorie auch in das BGB. übergegangen ist. Der Bote wird auch in der heute herrschenden Rechtslehre als bloßer Überbringer einer E., als Sprachrohr[169]), E.-Werkzeug[170]), E.-Mittler[171]) aufgefaßt, man vergleicht ihn mit dem Munde, mit einem bloßen Organ[172]), mit einem redenden Briefe, einem Phonographen, einem Vertreter in der E.[173]) usw.. Dagegen sei der Stellvertreter ein Vertreter im W., der eigentliche Willenserzeuger, er gebe seine E. als eigne ab. Oertmann[174]) bestimmt den Boten als den Vertreter in der reproduzierenden, dem Geschäftsgegner gegenüber abgegebenen E., ähnlich auch Matthiessen (a. a. O. S. 659). Der Bote dürfe nur einen vom Vertreter bereits gefaßten Willensentschluß dem Empfänger kundtun, nicht seinen eignen. Bezüglich des Geschäftsinhaltes dürfe er in keiner Weise eine Entschließungsmöglichkeit haben. Planck (a. a. O. Vorbem. zum V. Titel, 4a) betont, daß es darauf ankomme, ob die betreffende Person das Rg. selbst vornehme oder ob sie nur die E. des Geschäftsherrn überbringe. Auch Staudinger-Riezler (a. a. O. Vorbem. zu § 164, Anm. 3, S. 675) stellt auf die Entschließungsfreiheit der Mittelsperson ab, ähnlich Enneccerus-Nipperdey (a. a. O. § 166 S. 543), Jung (Bürg. Recht a. a. O. S. 659, Bote = unselbständige Hilfsperson bei fremden rechtlichen E.), Fleck (a. a. O. S. 341 ff.), Lehmann (a. a. O. S. 290/1), Manigk (Anwendungsgebiet .. a. a. O. S. 351), v. Tuhr (a. a. O. II, 2 S. 339), Warneyer (a. a. O. Vorbem. zum V. Titel) und andere. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[175]) und der Oberlandesgerichte[176]) teilt diesen Standpunkt.

Der herrschenden Ansicht ist grundsätzlich beizutreten. Sie entspricht der Geschichte, der Entstehungsgeschichte des BGB. und der unterschiedlichen Behandlung von Bote und Stellvertreter im Gesetz selbst. Wenn die Vertreter der Selbsthandelnstheorie davon ausgehen, daß auch bei der Stellvertretung stets der Vertretene der allein juristisch Handelnde sei, der Bote und Stellvertreter nur seine E.-Mittler seien, so beruht dies auf einer falschen Auffassung der Stellvertretung. Das BGB. ist von der Repräsentationstheorie ausgegangen. Gelingt dieser Nachweis, so ist die wichtigste Stütze der Gegenansicht beseitigt. Die Reprä-

---

[166]) Über Buchka Lehre .. a. a. O. S. 19.

[167]) Jur. Literaturblatt Bd. 14 S. 135, s. dagegen jetzt Mißverständnis a. a. O. S. 241.

[168]) a. a. O. Bd. 1, 4. Aufl. 1903 S. 231, in der 5. Auflage aufgegeben.

[169]) So z. B. Löwenwarter, Komment. zu § 164 S. 271.

[170]) So Planck a. a. O. Vorbem. zum V. Titel, 4a S. 429.

[171]) Staudinger-Riezler a. a. O. Vorbem. z. V. Titel S. 675.

[172]) Biermann a. a. O. S. 286.

[173]) u. [174]) Oertmann, Komment. a. a. O. Vorbem. z. V. Titel, 7a S. 601.

[175]) S. R.G.E. in Str.S. Bd. 43 S. 432, Bd. 42 S. 211 ff., R.G.E. in Z.S. Bd. 76 S. 184, in Recht 1923 Spalte 121 usw.

[176]) O.L.G. in Bd. 14 S. 15/6.

sentationstheorie besagt, daß der Vertreter selbst das Geschäft abschließt, nur dessen Wirkungen den Vertretenen treffen. Daß dem BGB. diese Auffassung zugrunde liegt, ergibt sich aus folgendem: Eine E., die der Erklärende durch seinen Boten abgeben läßt, wird als seine eigne betrachtet, und nur bei einem Widerstreit mit seinem wahren W. ist er zur Anfechtung berechtigt. Wäre nun aber auch bei der Vertretung der Vertretene der wahre Erklärende, so müßte er auch hier auf eine Anfechtung beschränkt sein, wenn der Vertreter sich nicht innerhalb seiner Vertretungsmacht gehalten hat. Das Gesetz erklärt aber eine solche nicht durch die Vollmacht gedeckte E. des Vertreters für den Vertretenen mangels seiner Genehmigung als völlig unverbindlich (§ 177!). Auch ist es nur mit Hilfe der Repräsentationstheorie möglich, die Fälle der gesetzlichen Stellvertretung, bei der von einer Mitwirkung des Vertretenen, z. B. eines Geisteskranken nicht die Rede sein kann, zu erklären. Nur so erklärt sich weiter die Behandlung der Willensmängel in § 166, nur so die Formlosigkeit der Vollmacht in § 167. Endlich ließe sich zwar für eine deliktische, nicht aber für die in den §§ 177 ff. anerkannte rechtsgeschäftliche Haftung ein Rechtsgrund auffinden, wenn der Vertreter keine eigne E. abgegeben hätte. Aus all diesen Gründen ergibt sich unzweifelhaft, daß das BGB. von der Repräsentationstheorie ausgegangen ist [177]). Aber auch die anderen Begründungen erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht durchschlagend. Die geschichtliche Begründung von Schloßmann ist durch Mitteis [178]) widerlegt worden. Bei seiner weiten Fassung des Begriffes der Stellvertretung übersieht Schloßmann ein wesentliches Merkmal, nämlich das Handeln im fremden Namen [179]). Sicherlich muß zugegeben werden, daß eine scharfe Grenzziehung zwischen dem Boten und dem Stellvertreter in der Wissenschaft bisher nicht gelungen ist. Aber das ist doch kein Beweis dafür, daß ein solcher begrifflicher Unterschied nicht besteht. Weiterhin ist auch nicht richtig, wenn Schloßmann behauptet, die Begriffe Bote und Stellvertreter seien keine Rechtsbegriffe, sondern nur der Verkehrssprache entnommen. Es sind Rechtsbegriffe, denn die Rechtsordnung behandelt beide verschieden, wie sich schon allein aus einer Gegenüberstellung des § 120 mit den §§ 177, 179 ergibt [180]).

Auch Rosenbergs Begründungen vermögen nicht zu überzeugen. Es ist offenbar etwas Verschiedenes, selbst eine E. abzugeben oder nur die E. eines Dritten zu überbringen. Einmal bin ich es selbst, der den Inhalt der E. will, das andere Mal stehe ich der E. völlig fremd und gleichgültig gegenüber. Zwischen dem Boten und dem Stellvertreter besteht ein Unterschied in der Willensbildung. Wie schon oben bei der Begründung der Repräsentationstheorie dargelegt wurde, wird dem Geschäftsherrn die E. in § 120 zunächst einmal zugerechnet, während im Falle der §§ 177, 179 überhaupt keine primäre Zurechnung stattfindet. Wie wir weiter gesehen haben, will Rosenberg den hieraus gegen seine Ansicht sich erhebenden Einwand dadurch entkräften, daß er den § 120 auch auf den Vertreter mit spezialisierter Vollmacht anwendet (§ 166 Absatz II). Ob nun aber im Einzelfall eine unrichtige Übermittlung im Sinne des § 120 oder ein Handeln ohne Vertretungsmacht vorliege, sei nach den Umständen des Falles und nach der Verkehrssitte zu entscheiden. Das widerspricht aber einmal dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen. Zum anderen würde die Abstellung auf den einzelnen Fall bedeuten, an Stelle klarer, grundsätzlicher Entscheidungen eine zur Kasuistik führende Unsicherheit zu setzen [181]). Es ist auch nicht zutreffend und steht zu-

---

[177]) Das ist auch durchaus h. M. Vgl. z. B. Oertmann, Kommentar, Vorbem. z. V. Titel, 2 S. 595, Endemann a. a. O. § 80 Anm. 24 S. 398.

[178]) a. a. O. S. 123—134.

[179]) S. Manigk, Anwendungsgebiet ... a. a. O. S. 298.

[180]) Manigk daselbst S. 351.

[181]) So insbesondere Planck a. a. O. Vorbem. z. V. Titel, 4a S. 430.

dem mit dem klaren Wortlaut des § 165 in Widerspruch, wenn Rosenberg lehrt, daß — ebenso wie beim Boten — Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters nicht erforderlich sei. Die Motive [182]) gehen von der Selbstverständlichkeit aus, daß der Vertreter nicht geschäftsunfähig sein dürfe; nur der beschränkt geschäftsfähige Stellvertreter brauchte daher in § 179 Absatz II gegen etwaige Nachteile geschützt zu werden. Dies ist in der Rechtslehre kaum bestritten [183]). Endlich spricht auch § 166 Absatz I gegen die Ansicht Rosenbergs.

Bote und Stellvertreter sind daher dem Begriffe nach verschieden. Sehr deutlich kommt dies auch in den Motiven [184]) zum Ausdruck, wenn es dort heißt: „Selbstverständliche Voraussetzung der Anwendung der Vorschrift (gemeint ist der § 120) ist, daß die Mittelsperson nur Bote, nicht Vertreter ist", und an einer anderen Stelle: „Unter Stellvertretung wird in diesem Entwurf nur Vertretung im Willen verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rg. nur insoweit mit, daß er die We. des einen Teils auf Veranlassung des anderen übermittelt, so ist er Bote". Dieser begriffliche Unterschied ist dann auch in der systematischen Eingliederung der maßgebenden §§ 120 und 164 ff. rein äußerlich zum Ausdruck gekommen.

Der Bote ist Übermittler einer ihm fremden, nicht auf seinem W.-Entschluß beruhenden We. eines anderen. Der Vertreter dagegen Erzeuger eignen Willens. Dieser grundsätzliche Wesensunterschied der beiden Rechtsgebilde macht es uns unmöglich, den § 120, wie Rosenberg [185]) lehrt, auch auf den Vertreter mit spezialisierter Vollmacht anzuwenden. § 120 setzt ein E.-Werkzeug voraus, das nur einen fremden, fertigen W. übermittelt; ein selbständiger W.-Entschluß des Vermittlungsorganes kann daher dem Erklärenden im Rahmen des § 120 auch nicht zugerechnet werden. Damit sind wir auch schon auf die weitere, in der Rechtslehre nicht minder umstrittene Frage eingegangen, ob und in wieweit dem Boten eine Entschließungsmöglichkeit zu gewähren ist [186]). Die Selbsthandelnstheorie kommt von ihrem Standpunkt aus dazu, dem Boten einen weitgehenden Ermessensspielraum zu gewähren. Dies widerspricht aber der Stellung des Boten als eines Willenskundgebungsorganes im Tatbestande einer fremden We. Nur diese eng begrenzte Tätigkeit des Boten interessiert den Gesetzgeber in § 120; daher kann dem Boten nur insoweit eine Entschließungsfreiheit und Wahlbefugnis zugesprochen werden, als dadurch der Inhalt der zu übermittelnden E. nicht wesentlich geändert wird. Auch hier ist die Frage der Zurechnung von erheblicher Bedeutung und gibt den Grundsatz für die Lösung zweifelhafter Fälle.

In der Rechtslehre bestehen weiterhin Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Merkmale, woran im Einzelfall zu erkennen ist, ob die Mittelsperson als Bote oder als Stellvertreter zu gelten hat. Es sind hier vor allem drei Gesichtspunkte zur Unterscheidung herangezogen worden: Das äußere Auftreten, das zwischen dem Boten und dem Erklärenden bestehende Innenverhältnis und die im einzelnen gewechselten E. Auf die Abgrenzungsversuche von Jhering, R. Leonhard und Schliemann sind wir anläßlich der geschichtlichen Erörterungen schon eingegangen und haben sie als nicht begründet abgelehnt. Auch das BGB. hat diese Frage nicht gesetzlich geregelt und es daher der Wissenschaft überlassen, die oft nicht klare Grenze zwischen den beiden Rechtsgebilden zu finden. Sauerlandt [187]),

---

[182]) a. a. O. Bd. 1 S. 227.

[183]) S. statt vieler v. Tuhr a. a. O. II, 2 S. 351 ff.

[184]) a. a. O. Bd. 1 S. 203 (§ 111) und S. 223.

[185]) a. a. O. S. 292, desgleichen Sauerlandt a. a. O. S. 49 ff., Trebing a. a. O. S. 27, 32 ff.

[186]) S. darüber ausführlich Lipper a. a. O. S. 9 ff.

[187]) a. a. O. S. 52 ff.

Schmalfuß[188]), Jüngling[189]), Trebing[190]) und Hellmann[191]) stellen grundsätzlich auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Boten ab (Innenverhältnis) und halten für die Unterscheidung im einzelnen für maßgebend, wie die Mittelsperson auftreten sollte. Sie betonen, daß der freie W. des Auftraggebers gewahrt bleiben müsse. Hellmann weist zur Begründung weiter darauf hin, daß es bei der Unterscheidung nach dem äußeren Auftreten möglich sei, daß trotz der Vorschrift des § 166 der Vertretene weder für den Vorsatz noch für das Wissen des Stellvertreters verantwortlich sein würde, wenn der Vertreter aus Vorsicht nur im Gewande des Boten aufgetreten sei.

Demgegenüber vertritt die heute durchaus h. M. den Standpunkt, daß es dem Dritten gegenüber nicht darauf ankommen könne, wie die Mittelsperson auftreten sollte, sondern wie sie tatsächlich aufgetreten ist[192]). Entscheidend sei allein das äußere Auftreten: Ob das rechtsgeschäftliche Verhalten der Mittelsperson als unselbständiges oder als selbständiges gegenüber dem Dritten erscheine.

Wir halten die letzte Ansicht für grundsätzlich richtig. In den meisten Fällen wird schon die Ausdrucksweise einen deutlichen Schluß auf die Eigenschaft der Mittelsperson zulassen. So wird man aus der Redewendung: Der A. läßt Ihnen sagen, mitteilen, bestellen usw. mit ziemlicher Sicherheit auf einen Boten schließen können. Dagegen wird man das Vorliegen einer Stellvertretung aus folgenden Redewendungen entnehmen können: Im Namen des A., im Auftrage des A., ich kaufe für den A. usw. Aber ausschließlich maßgebend ist die Ausdrucksweise der Mittelsperson nicht[193]). Vielmehr sind auch stets die äußeren Umstände mit in Betracht zu ziehen. So erwähnt z. B. v. Tuhr als einen solchen Umstand die soziale Stellung der Mittelsperson und ihr dem Gegner bekanntes Verhältnis zu dem Geschäftsherrn. Andererseits ist auch das Innenverhältnis von gewisser Bedeutung. So wird man es zulassen müssen, daß sich die Mittelsperson auf ihr Verhältnis zum Auftraggeber berufen kann[194]). Näher auf diese Fragen einzugehen, dürfte aber im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, sie ist zudem in anderen Abhandlungen eingehend und erschöpfend behandelt worden. Es sei hier nur noch bemerkt, daß auch in diesen Fragen die Zurechnung viel Klarheit schaffen kann.

Da der Bote nur Übermittlungswerkzeug einer fremden E. ist, genügt die natürliche Fähigkeit zur Vornahme dieser Handlungen[195]). Er braucht daher nicht geschäftsfähig zu sein; sogar ein sechsjähriges Kind wird Botendienste leisten können[196]). Es ist daher auch verfehlt, von einer sog. der Vollmacht ähnlichen Botenmacht zu sprechen[197]). Ganz abgesehen davon, daß bei Geschäftsunfähigen von einer solchen überhaupt nicht gesprochen werden kann, ist ihre Konstruktion auch recht künstlich und lebensfremd. In der Regel wird ja im Innenverhältnis ein Auftrag, ein Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag oder

---

188) a. a. O. S. 29 ff.

189) a. a. O. S. 31 ff.

190) a. a. O. S. 25 ff.

191) a. a. O. S. 9 ff.

192) Cohn a. a. O. S. 23 u. Anm. 37 mit weiterer Literatur, Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 132 Anm. 164, Frz. Leonhard, Vertretung bei Fahrn.. a. a. O. S. 5 (Offenheitsprinzip), v. Tuhr a. a. O. II, 2 S. 340 u. a. m.

193) So auch Jung, Bürg. Recht a. a. O. S. 659, v. Tuhr a. a. O. II, 2 S. 340, Mathiessen a. a. O.

194) S. des Näheren Cohn a. a. O. S. 43.

195) Brinkmann a. a. O. S. 64, Falkmann a. a. O. E. 39, Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 166, I, 1a.

196) Über Einzelfragen s. Brinkmann a. a. O. S. 64 ff.

197) So z. B. Hepner a. a. O. S. 22/3.

ein ähnliches Vertragsverhältnis zugrunde liegen. Das Gesetz spricht aber ausdrücklich in § 120 nur von der „verwendeten" Person. „Verwenden" heißt aber irgendwie auf Geheiß des Erklärenden tätig werden; wie und wodurch ist dabei gleichgültig. Es geht weiter nicht an, bestimmte, nur für die Stellvertretung gegebene Vorschriften auf den Boten entsprechend anzuwenden. Dabei wird der begriffliche Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsgebilden völlig verkannt. Der Bote ist in keiner Weise vertreterähnlich; er ist lediglich ein Hilfsorgan in der E.-Handlung; der Stellvertreter vertritt dagegen den Erklärenden sowohl in seinem W. als auch in der E. Das ist etwas ganz anderes. Es ist daher auch bedenklich, den Boten als Vertreter in der E. zu bezeichnen [198]). Dies gibt nur Anlaß zu verhängnisvollen Irrtümern. Es muß aber nochmals darauf hingewiesen werden, daß der Bote in irgendeiner Weise von dem Erklärenden verwendet sein muß; wo eine solche fehlt, da liegt auch niemals eine E. desjenigen vor, für dessen Bote sich jemand ausgibt.

§ 15.

Der Empfangsbote.

Die neuere Rechtslehre hat neben dem Absendungsboten noch ein besonderes Institut herausgearbeitet, und zwar den sog. Empfangsboten. Genau so wie der Erklärende sich eines Boten zur Übermittlung seiner We. bedienen könne, so müsse es auch möglich sein, einen Boten zu beauftragen, zugleich mit der Übergabe der E. an den Empfänger dessen Antwort zurückzubringen oder nur eine E. bei dem Dritten abzuholen oder ihn endlich ganz allgemein zur Empfangnahme von E. zu ermächtigen. Der Bote steht also in diesen Fällen nicht auf der Seite des Erklärenden, er ist nicht sein Sprachrohr, sondern er wird im Rechtsbereich des Empfängers tätig und ist sozusagen dessen Hörrohr oder Briefkasten. Über die Rechtsnatur und über die Rechtsstellung des Empfangsboten ist viel geschrieben worden; es sei hier nur auf die ausführlichen Abhandlungen von E. Cohn und Voßwinkel hingewiesen [199]). Aber auch andere Abhandlungen [200]) haben die Rechtsstellung des Empfangsboten so eingehend dargestellt, daß von einer Wiederholung an dieser Stelle abgesehen werden kann. Trotz der vielen Beschäftigung mit diesen Fragen ist man aber bisher noch zu keiner Einigung gelangt. So verneint Hellwig überhaupt die Notwendigkeit der Empfangsbotenschaft und erklärt jede Mittelsperson, die zum Empfang von We. ermächtigt ist, zum Stellvertreter des E.-Empfängers [201]). Wenn auch die heute durchaus herrschende Meinung die Empfangsbotenschaft als ein besonderes Rechtsgebilde anerkennt [202]), so bestehen hinsichtlich der Einzelfragen doch erhebliche Meinungsverschiedenheiten. So verneint die vorwiegende Ansicht [203]) die Anwendung des

---

[198]) So z. B. Oertmann, Komment. zu § 120 u. Vorbem. z. V. Titel, 7a S. 601.

[199]) S. die Angabe im Schrifttum.

[200]) Aßmann a. a. O. S. 71 ff., Brinkmann a. a. O. S. 67 ff., Schulze a. a. O. S. 41 ff. u. a.

[201]) Hellwig, Lehrb. a. a. O. Bd. 2 S. 355, Jur. Wo. 1905 S. 357 ff. Auch Aßmann a. a. O. S. 65, Franke a. a. O. S. 24, Kornblum a. a. O. S. 52 und Schulze a. a. O. S. 41 lehnen ebenfalls die Empfangsbotenschaft ab.

[202]) S. Cohn a. a. O. S. 12 mit ausführlicher Literaturangabe, ferner Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 133 Anm. 165.

[203]) S. statt vieler Enneccerus-Nipperdey a. a. O. Bd. 1 § 157, 3a, Anm. 9, § 166, 2a und andere.

§ 120 auf die Übermittlung durch den Empfangsboten, Brinkmann[204]) und andere wollen eine sinngemäße Anwendung der Vorschrift zulassen. Im Rahmen dieser Untersuchung würde es aber zu weit führen, auf alle Einzelfragen näher einzugehen; wir stehen zudem auf dem Standpunkt, daß die wirkliche, eng zu umgrenzende Empfangsbotenschaft mit den Fragen des § 120 nicht das geringste zu tun hat[205]). Nach § 120 gibt es nur einen Boten des Erklärenden, der als dessen Werkzeug die E.-Handlung zur Vollendung bringt; er ist lediglich Hilfsorgan im Tatbestande der We. Er ist es, der das nach § 130 erforderliche Zugehen der We. bewirkt. Nur im Rahmen dieser Übermittlung ergeben sich die gesetzlichen Folgen des § 120. Bei den Fragen der Empfangsbotenschaft aber handelt es sich um etwas ganz anderes; das hat die Rechtslehre zum größten Teil bisher nicht richtig erkannt. Es steht hier nicht die Tätigkeit des Boten als eines Übermittlungswerkzeuges in Frage, sondern der Zeitpunkt des Zugangs der We. an den Empfänger. Ist die E. des Absenders schon mit der Abgabe an den von dem Empfänger zur Verfügung gestellten sog. Empfangsboten vollendet oder erst in dem Augenblick der Abgabe des Boten an diesen? Das allein ist hier die entscheidende Frage. Ihre Beantwortung hängt aber nicht von einer engeren oder weiteren Auslegung des § 120 ab, sondern nur davon, ob es für den Zugang nach § 130 genügt, daß die E. an einen Hausgenossen, Familienangehörigen oder sonst an eine allgemein zur Empfangnahme von E. bestellte Person übergeben wird. Hat der Erklärende damit das zur Wahrnehmungsmöglichkeit seinerseits Erforderliche getan? Wird diese Frage, bei deren Beantwortung übrigens die Zurechnung eine erhebliche Rolle spielen dürfte, verneint oder waren die Boten zur Empfangnahme der We. nicht ermächtigt, so sind die von dem Erklärenden benutzten Mittelspersonen seine Boten und bei einer durch sie erfolgten unrichtigen Übermittlung ist er mit dem Gegenrecht der Anfechtung nach § 120 an die E. gebunden. In Zweifelsfällen wird man sich stets für den Absendungsboten entscheiden müssen[206]). Die eigentliche Empfangsbotenschaft berührt aber den § 120 nicht[207]); auch die von Brinkmann vorgeschlagene entsprechende Anwendung dürfte mit dem Grundsatz des § 120, wonach der Bote nur die von dem Erklärenden aufgetragene We. durch seine Tätigkeit zur Vollendung bringen soll, unvereinbar sein[208]). Die Sachlage ist bei dem Empfangsboten eine ganz andere.

---

[204]) a. a. O. S. 68 ff.

[205]) So auch mit eingehender und treffender Begründung Schulze a. a. O. S. 48 ff.

[206]) So auch Brinkmann a. a. O. S. 68 bezüglich des Hol- und Rückboten.

[207]) So insbesondere auch richtig Planck a. a. O. zu § 120, 2: „Es liegt hier kein Irrtum in Ansehung des E.-Aktes vor." Cohn a. a. O. S. 18, Kern a. a. O. S. 6, Voßwinkel a. a. O. S. 386, Düringer-Hachenburg Bd. 4 S. 109 Anm. 165, Staudinger-Riezler zu § 120, 8, Löwenwarter, Komment. a. a. O. zu § 120.

[208]) S. dazu auch Jung in Nat. Recht a. a. O. und auch in Archiv f. d. zivil. Pr. Bd. 117 S. 86: § 120 ist nicht anwendbar, wenn der demnächstige E.-Gegner den Erklärenden seinerseits um die Verwendung gerade dieses besonderen Übermittlungsorganes ersucht hatte. Hier liegt nach Treu und Glauben eine stillschweigende Übernahme der Übermittlungsgefahr vor, z. B. Drahtantwort. So auch Oertmann, Kommentar a. a. O. zu § 120, 8.

IV. Kapitel:

Die Anfechtung der unrichtig übermittelten Erklärung.

§ 16.

Die formellen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit.

Nach den bisherigen Betrachtungen ist eine E. nur dann anfechtbar, wenn die unrichtige Übermittlung dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Die primäre Frage ist stets die der Zurechnung; erst wenn diese bejaht ist, vermag § 120 einzugreifen. Diese auf dem Willensdogma beruhende Bestimmung vernichtet den durch die objektive Zurechnung entstandenen E.-Schein und führt über die gesetzliche Interessenwertung zu der endgültigen Zurechnung. Eben weil die unrichtig übermittelte We. dem wirklichen W. des Erklärenden nicht entspricht und daher den gesetzlichen Anforderungen der We. nicht genügt, läßt das Gesetz in § 120 ihre Anfechtung zu.

Die Anfechtung selbst ist aus praktischen Erwägungen, die insbesondere dem Verkehrsbedürfnis und den Grundsätzen von Treu und Glauben entspringen, an gewisse Voraussetzungen gebunden. Zunächst ergibt sich, wie schon erwähnt wurde, aus der gleichen Behandlung mit den Fällen des Irrtums durch die Verweisung auf § 119, daß eine Anfechtung nur dann Platz greifen kann, wenn die Abweichung der übermittelten E. von der ursprünglichen so erheblich ist, daß der Erklärende sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Hierdurch wird das Anfechtungsrecht sowohl objektiv als auch subjektiv erheblich eingeschränkt.

Jede Anfechtung setzt weiterhin die Kenntnis von dem Anfechtungsgrund voraus; es genügt hier nicht, daß der Erklärende die Verstümmelung der We. kennen mußte. Bei bloßen Zweifeln wird er zu einer sofortigen Rückfrage verpflichtet sein. Erforderlich ist immer die wirkliche Kenntnis [1]). Diese umfaßt nicht nur die Kenntnis von der Tatsache der Verstümmelung der We., sondern sie muß auch diejenigen Tatsachen umfassen, die der unrichtigen Übermittlung zugrunde liegen und ihr die Bedeutung eines Willensfehlers im Sinne des § 120 verleihen [2]) (§ 121). Hat der Erklärende von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt, so muß er die unrichtig übermittelte E. unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 276) anfechten. Was unter unverzüglich im Einzelfall zu verstehen ist, hängt von der Verkehrsanschauung ab. Das Reichsgericht verlangt, daß die Anfechtung „so rasch, wie es die Umstände erfordern", erfolge [3]), die Rechtslehre versteht unter schuldhaftem Zögern jedes der Sachlage nicht entsprechende Hinausschieben der Anfechtung [4]). Zur Wahrung der Frist genügt die

---

[1]) Oertmann, Komment. zu § 121, s. auch R.G.E. in Warn. Rechtspr. 1908 Nr. 78 S. 116.

[2]) So Oertmann a. a. O.

[3]) R.G. in J.S. Bd. 49 S. 395, Bd. 124 S. 118.

[4]) S. statt vieler Oertmann, Komment. a. a. O. zu § 121.

rechtzeitige Absendung der Anfechtungserklärung (§ 121 Absatz 1 S. 2). Sie wird aber, wie auch alle übrigen We. erst mit ihrem Zugang bei dem Anfechtungsgegner wirksam. Nach § 121 Absatz II ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der We. 30 Jahre verstrichen sind. Diese Ausschlußfrist ist von amtswegen zu berücksichtigen [5]).

In der Rechtslehre herrscht Streit darüber, ob die unrichtig übermittelte E. auch dann angefochten werden muß, wenn der Gegner die Unrichtigkeit der Übermittlung kannte oder hätte kennen müssen. v. Tuhr [6]) und R. Leonhard [7]) verneinen die Notwendigkeit einer Anfechtung dann, wenn der Gegner positiv Kenntnis von dem Anfechtungsgrund hatte. Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden. Das Gesetz hatte ursprünglich die Nichtigkeit der unrichtig übermittelten E. vorgesehen. Im letzten Entwurf wurde jedoch die Nichtigkeit in die Anfechtbarkeit umgewandelt, weil diese Reglung am besten der Sachlage entsprechen würde [8]). Dabei stellte es die Anfechtbarkeit bewußt in das Belieben des Erklärenden; dieser kann also auch die verstümmelte E. ohne Anfechtung gegen sich gelten lassen. Es geht aber nun nicht an, den Gegner darüber im Unklaren zu lassen, ob der Erklärende von seinem Anfechtungsrecht auch Gebrauch machen wird. Der Gegner hat an der Aufklärung der Sachlage auch bei Kenntnis des Anfechtungsgrundes ein schutzwürdiges Interesse [9]).

Über die Form der Anfechtung gibt § 143 Auskunft. Danach erfolgt sie durch Abgabe einer einseitigen, formlosen (Ausnahmen z. B. in §§ 1342, 1599) E. gegenüber dem Anfechtungsgegner [10]). Da sie über einen bestehenden Schwebezustand Klarheit schaffen soll, muß man verlangen, daß sie nicht unter einer Bedingung abgegeben wird [11]). Das Wort „Anfechtung" braucht in der E. nicht enthalten zu sein, es genügt, wenn aus dem gesamten Inhalt und den begleitenden Umständen auf den W. geschlossen werden kann, daß der Erklärende die We. nicht als wirksam gegen sich gelten lassen will [12]). Ebensowenig ist erforderlich, daß die Anfechtungserklärung den Anfechtungsgrund enthält [13]). Nicht genügend ist aber die Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber dem Boten.

Für die Beweisfragen gilt kurz folgendes: Die Tatsache der Anfechtung und der Anfechtungsgrund sind von dem Anfechtenden zu beweisen. Dagegen hat der Gegner darzutun, daß die Anfechtung nicht ohne schuldhaftes Zögern erfolgt oder daß sie wegen Ablauf der 30 jährigen Anfechtungsfrist ausgeschlossen ist [14]). Demgegenüber hat der Anfechtungsberechtigte den Beweis für die nicht schuldhafte Verzögerung zu führen.

§ 17.

Die Folgen der Anfechtung.

Wird die We. fristgerecht angefochten, so bewirkt die Anfechtung, daß das Rg. als von Anfang an als nichtig anzusehen ist (§ 142). Hier in dieser Bestim-

---

[5]) S. R.G. in Z.S. Bd. 100 S. 34.

[6]) a. a. O. S. 599.

[7]) a. a. O. S. 476/7.

[8]) S. des Näheren § 4 dieser Arbeit.

[9]) S. Oertmann, Komment. a. a. O. zu § 121 S. 414, Planck zu § 121, 1, Endemann a. a. O. § 71 Anm. 39, Dernburg a. a. O. Bürg. Recht § 145 Anm. 34.

[10]) Sie kann auch einredeweise im Prozeß gegenüber der Klage des anderen Vertragsteiles auf Erfüllung geltend gemacht werden.

[11]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 4 S. 141 Anm. 174 u. a.

[12]) S. RG. in Z.S. Bd. 48 S. 211, Bd. 64 S. 86.

[13]) S. R.G. in Z.S. Bd. 65 S. 88, Planck zu § 121, 2 S. 293 u. a.

[14]) Oertmann zu § 121 u. a.

mung zeigt sich deutlich das Wesen der Anfechtung als einer bedingten Nichtigkeit. Die angefochtene We. wird dem Erklärenden nicht zugerechnet, da, von dem übergeordneten Begriff der We. aus gesehen, ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, nämlich der Rechtsfolgewille fehlt. Wie wir aber schon wiederholt gezeigt haben, vermag der äußere E.-Tatbestand gewisse Rechtswirkungen zu erzeugen, vorausgesetzt, daß er dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Diese auf der primären Verantwortlichkeit beruhenden Rechtswirkungen äußern sich gemäß § 122 in der dort vorgesehenen Schadensersatzpflicht. Der Erklärende wird zwar von seiner E. frei, muß aber dem E.-Empfänger denjenigen Schaden ersetzen, den dieser im Vertrauen auf die Gültigkeit der E. erlitten hat. In der Rechtslehre wird dieser Schaden als das negative Vertragsinteresse, Vertrauens- oder auch Aufklärungsinteresse [15]) bezeichnet. Das Vertrauensinteresse besteht einmal in den tatsächlichen Vermögensverlusten, die der Dritte im Vertrauen auf die Gültigkeit der E. erleidet. Hierher sind vor allem Transport- und Stempelkosten, Portoauslagen, Kosten für notwendige Reisen usw. zu rechnen. Zu beachten ist, daß das Vertrauensinteresse sich auch aus dem entgangenen Gewinn zusammensetzen kann [16]). Dieser Fall wird dann vorliegen, wenn der Dritte es versäumt hat, einen anderen günstigen Kaufabschluß zu tätigen oder ein anderes Angebot infolge des angefochtenen Angebotes ausgeschlagen hat. Der Beweis für diesen entgangenen Gewinn wird in den meisten Fällen jedoch recht schwierig sein. Oft wird das Vertrauensinteresse gleich Null sein; andererseits kann es aber auch das positive Interesse übersteigen. Mit Recht bestimmt aber hier das Gesetz, daß die Höchstgrenze der Schadensersatzpflicht das positive Interesse ist. Der Dritte soll nur so gestellt werden, als sei überhaupt keine We. an ihn erfolgt; unverdiente Vorteile soll er aus der Nichtigkeit des Rg. nicht herleiten können [17]).

Die Schadensersatzpflicht tritt nach § 122 Absatz II dann nicht ein, wenn der Geschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte. Hierdurch wird der blinden Vertrauensseligkeit des Empfängers der Schutz des Gesetzes entzogen. Denn wo der Erklärungsempfänger die Unrichtigkeit der Übermittlung kannte oder doch bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, da ist sein Vertrauen auf die Gültigkeit der E. kein schutzwürdiges. Nur da, wo er unter Berücksichtigung aller Umstände (§§ 133, 157) auf diese vertrauen konnte, steht ihm der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu. § 122 Absatz II bestimmt bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Gegners von der Unrichtigkeit der E. ohne weiteres den Ausschluß der Schadensersatzpflicht. Es findet daher auch keine Abwägung des gegenseitigen Verschuldens nach § 254 statt [18]). Wie schon gezeigt wurde, verneint die Rechtslehre den Ausschluß der Ersatzpflicht auch dann, wenn der Geschädigte selbst es war, der den Irrtum bzw. die Unrichtigkeit der Übermittlung verursacht hat [19]).

Für die prozessuale Geltendmachung hat der Anfechtungsgegner zu behaupten und zu beweisen, daß der Erklärende die E. angefochten hat, und daß dadurch ihm, dem Anfechtungsgegner, ein Schaden in entsprechender Höhe entstanden ist. Demgegenüber kann sich der Ersatzpflichtige darauf berufen, daß der Gegner den Grund der Anfechtung kannte oder kennen mußte, d. h. fahrlässigerweise nicht gekannt hat. Er muß weiter behaupten und beweisen, daß das Erfül-

---

[15]) Frz. Leonhard, Lehrb. i. k. S. a. a. O. IV. Abschn. II. Teil, II, C, 4, D.

[16]) H. M. S. Manigk in Hdwb. d. Rechtsw. Bd. 3 S. 297 ff. 300, Lipper a. a. O. S. 24 u. a. m.

[17]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 4 S. 146 Anm. 182, Hupka a. a. O. S. 249 u. a. m. Über die Frage des Kausalzusammenhanges s. Kern a. a. O. S. 19 ff.

[18]) S. R.G. in Z.S. Bd. 57 S. 87.

[19]) S. z. B. Oertmann, Kommentar a. a. O. zu § 122.

lungsinteresse des Gegners geringer gewesen ist als das in Anspruch genommene Vertrauensinteresse.

Zum Schluß sei noch kurz auf die rechtspolitischen Leitgedanken des § 122 und einige damit zusammenhängende Fragen eingegangen. Wir haben bei der geschichtlichen Erörterung der Behandlung der unrichtigen Übermittlung gesehen, daß im gemeinen Recht zunächst die Schadensersatzpflicht von einem Verschulden des Irrenden abhängig gemacht wurde, daß aber die Weiterentwicklung dahin ging, die Ersatzpflicht von einem Verschulden loszulösen und den Urheber der E. allein deshalb haften zu lassen, weil er es sei, der die fehlerhafte E. „veranlaßt" habe (Deutschrechtlicher Veranlassungsgrundsatz). Die einzelnen Rechtfertigungsversuche haben wir dort eingehend geschildert; die rechtspolitischen Gründe sind auch auf der Grundlage des BGB. dieselben geblieben. Nur ist an die Stelle der im gemeinen Recht ohne weiteres eintretenden Nichtigkeit im BGB. die Anfechtung getreten. Es ist auch schon erwähnt, daß noch der erste Entwurf (§ 98), von dem römisch-rechtlichen Standpunkt ausgehend, die Nichtigkeit der E. bestimmte. Die E. war aber gültig, wenn dem Erklärenden grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel (§ 99, I. Entwurf). Hier wurde also zunächst noch der Grad der Entschuldbarkeit berücksichtigt. Die Regelung ist aber nicht Gesetz geworden. Es ist heute anerkannten Rechtes, daß dem Erklärenden das Anfechtungsrecht sowohl dann zusteht, wenn er ohne sein Verschulden die Unrichtigkeit der E. veranlaßt hat, als auch dann, wenn er die E. hat schuldhaft unrichtig übermitteln lassen [20]).

So lehrt denn auch die heute durchaus herrschende Ansicht [21]), daß dem § 122 das deutschrechtliche Veranlassungsprinzip zugrunde liege. Nach unseren bisherigen Darlegungen glauben wir aber nicht, daß man damit dem Sinn des § 120 gerecht wird. Schon im gemeinen Recht zeigte sich das begründete Streben, den uferlosen Begriff der Veranlassung einzuengen. So wurde die E. dem Urheber dann nicht zugerechnet, wenn der Bote dieselbe absichtlich unrichtig übermittelte, oder wenn die Unrichtigkeit die Folge von Umständen war, die außer aller Betrachtung lagen [22]). Auch auf der Grundlage des BGB. vermag die reine Veranlassung niemals allein diese Vertrauenswirkung des abgeteilten Tatbestandes zu begründen. Der Direktor, der den Entwurf eines Schreibens nicht in das für die abgehende Post bestimmte Fach legt, sondern zur nochmaligen Überprüfung zwischen seinen Privatbriefen auf dem Schreibtisch liegen läßt, von wo er nun aber von einem diensteifrigen Angestellten fortgenommen und dem Dritten zugestellt wird, hat diesen Zugang sicher veranlaßt. Soll ihm der Erklärungserfolg in diesem Fall zugerechnet werden? Kann der Dritte erkennen, daß es sich nur um einen Entwurf handelte, so wird dem Direktor die E. nicht zugerechnet. Wie aber, wenn er unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Entwurf als solchen nicht erkennen konnte? Muß hier der Erklärende wegen Irrtums nach § 119 anfechten und gemäß § 122 Schadensersatz leisten? Vom Gesichtspunkt der Zurechnung aus müssen wir das verneinen. Die rechtliche Verantwortlichkeit für den äußeren E.-Tatbestand wird gemäß unseren heutigen Verkehrsgrundsätzen nicht allein durch die Veranlassung begründet. Der Erklärende hat diesen Tatbestand durch sein Verhalten schuldhaft verursacht. Die Grundfrage ist also auch hier die der Zurechnung. Diese hängt aber neben der kausalbedingten Veranlassung wesentlich auch von dem Verschulden des Erklärenden ab. Erst wenn wir die vorsätzliche oder fahrlässige Veranlassung eines dem Dritten zu-

---

[20]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 4 S. 136 Anm. 167, Jung, Bürg. Recht § 108 S. 274, Staudinger-Riezler a. a. O. zu § 120, 6 S. 494, R.G. in Z.S. Bd. 62 S. 205.

[21]) S. statt vieler Meyer a. a. O. S. 93.

[22]) So z. B. Windscheid-Kipp a. a. O. § 309 S. 268 Anm. 6 und andere.

gänglich gemachten E.-Verhaltens bejaht haben, greift § 120 und damit auch § 122 Platz.

So bemerkt auch A. Schulze [23]) richtig, daß man den Geschäftsherrn nicht allein deshalb haften lassen könne, weil er den Auftrag zur Übermittlung einer We. gegeben habe. Es ist daher zumindest bedenklich, unter Loslösung von dem Begriff der We. und seinen Erscheinungen den Gedanken des § 122 zu erforschen. Unserer Ansicht nach ist der § 122 nichts weiter als die gesetzliche Anerkennung der Verantwortlichkeit des Erklärenden für einen zurechenbaren äußeren E.-Tatbestand. Auf diese Weise ist auch die Pflicht des Anfechtenden zum Ersatz des negativen Interesses in § 122 in dem Titel der Zurechenbarkeit und damit letzten Endes in dem der Schuld verankert [24]).

---

23) a. a. O. S. 58.
24) S. dazu Manigk We. u. Wg. insbes. S. 272, I. u. A. S. 250/1 ff.

V. Kapitel:

Die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 18.

Die Haftung des Erklärenden.

A. Nach § 831.

Im letzten Kapitel soll, um unsere Erörterungen abzurunden, noch kurz auf die Rechtsbeziehungen der einzelnen Personen untereinander eingegangen werden. Der § 122 regelt nur die Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse bei Anfechtung der unrichtig übermittelten E. Andere Ansprüche des Empfängers gegen den Erklärenden werden dadurch aber nicht ausgeschlossen, insbesondere nicht die Ansprüche aus denjenigen gesetzlichen Tatbeständen, die eine weitergehende, sich auch auf das Erfüllungsinteresse richtende Schadensersatzpflicht begründen [1]). Hier sind insbesondere die §§ 831, 823 und 826 zu nennen.

Nach § 831 ist derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Im Gegensatz zu § 278, wo ohne eignes Verschulden für fremdes Verschulden gehaftet wird, enthält § 831 eine Haftung aus vermutetem eignen Verschulden für bloße fremde Widerrechtlichkeit. Diese Bestimmung greift daher stets ein, wo eine vertragliche Beziehung nicht besteht. Voraussetzung dieses Schadensersatzanspruches ist zunächst, daß ein anderer zu einer Verrichtung bestellt worden ist. Die Verrichtung kann sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur sein. Unter Bestellung zu einer Verrichtung ist jede We. zu verstehen, welche die Vornahme der Verrichtung anordnet; in unserem Falle ist dies die Beauftragung des Boten. Als weitere Voraussetzung verlangt § 831, daß der Schaden „in Ausführung der Verrichtung" dem Dritten zugefügt sein muß. Handelt der absichtlich falsch übermittelnde Bote aber noch in Ausführung der Verrichtung? Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichtes [2]) genügt für die Anwendung des § 831 ein innerer Zusammenhang zwischen der den Schaden verursachenden Handlung und der aufgetragenen Verrichtung. Weiche der Besteller von dem ihm erteilten Auftrage ab, so sei es Tatfrage, ob die Abweichung eine so erhebliche sei, daß jener innere Zusammenhang verloren gehe. In den Fällen der absichtlichen Falschübermittlung wird man diesen inneren Zusammenhang bejahen müssen, da der Bote in Ausführung dieses Auftrages dem Empfänger den Schaden zufügt. Nicht erforderlich ist nach § 831 für die Bejahung der Haftung, daß die Mittelsperson ein Verschulden trifft.

Dem Erklärenden ist aber hier die Möglichkeit gegeben, sich zu entlasten, d. h. nachzuweisen, daß er bei Auswahl des Boten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Dieser Nachweis wird ihm in der Regel gelingen.

---

[1]) S. R.G. in Z.S. Bd. 92 S. 345, anderer Ansicht Franke a. a. O. S. 68. Über das Verhältnis des § 120 zu den §§ 823 ff. s. insbes. Kern a. a. O. S. 26 ff.

[2]) S. R.G. in Z.S. Bd. 73 S. 434 (437), Bd. 79 S. 312 usw.

Sollte dies aber nicht der Fall sein, z. B. weil er zu der Übermittlung eine untaugliche und ihm auch sonst als unzuverlässig bekannte Person verwendet hat, so wird er danach auch für den Schaden haften müssen, der über das negative Vertragsinteresse hinausgeht. Von praktischer Bedeutung dürfte dieser Fall aber sehr selten sein. Liegt eine absichtlich unrichtige Übermittlung vor, so wird für die Haftung des Auftraggebers nur der § 831 in Frage kommen.

Wie noch zu zeigen sein wird, haftet bei der absichtlich unrichtigen Übermittlung der Bote auch gegenüber dem Empfänger aus § 826. In diesem Fall ist sowohl der Erklärende als auch der Bote als Gesamtschuldner ersatzpflichtig; im Verhältnis zueinander aber haftet nur der dolose Bote (§ 840). Der Dritte kann also entgegen Franke [3]) sowohl gegen den Boten als auch gegen den Erklärenden vorgehen.

B. Nach §§ 823, 826.

Wird die Botschaft des Erklärenden unrichtig übermittelt, so wird in der Regel nur das Vermögen des Empfängers geschädigt werden. Nach h. M. [4]) fällt aber eine fahrlässige oder vorsätzliche Vermögensbeschädigung nicht unter die in § 823 Absatz I aufgeführten Rechtsgüter. Eine Haftung des Erklärenden könnte sich aus § 823 Absatz II ergeben, und zwar dann, wenn der Absender in betrügerischer Absicht gehandelt (§§ 263, 266 Str.G.B.) oder ein sonstiges Schutzgesetz verletzt hat. Verstößt seine Handlung gegen die guten Sitten, so greift unter Umständen auch § 826 ein.

§ 19.

Die Haftung des Boten.

A. Gegenüber dem E.-Empfänger.

Wir gehen dabei von der Voraussetzung aus, daß der Bote auch tatsächlich als solcher gegenüber dem E.-Empfänger aufgetreten ist. Über die Haftung des Boten geben uns die §§ 120, 122 keine Auskunft. Seine Haftung bestimmt sich daher nach den allgemein geltenden Haftungsgrundsätzen. Bei fahrlässig falscher Übermittlung entsteht aus den §§ 823 ff. kein Ersatzanspruch des E.-Empfängers gegen den Boten, da, wie schon oben erwähnt, eine fahrlässige Vermögensbeschädigung nicht unter die in § 823 Absatz I aufgezählten Rechtsgüter fällt. Auch aus § 823 Absatz II läßt sich eine Schadensersatzpflicht nicht herleiten, da ein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift durch die versehentlich unrichtige Übermittlung nicht verletzt worden ist. Die Sachlage gestaltet sich jedoch anders, wenn der Bote die E. absichtlich unrichtig übermittelt. § 823 Absatz I scheidet aus demselben Grunde wie oben aus; eine Haftung aus § 823 Absatz II käme nur dann in Frage, wenn ein Schutzgesetz verletzt worden wäre. Eine Schadensersatzpflicht des Boten kann sich aber auch aus § 826 ergeben. Der Tatbestand der unsittlichen Schadenszufügung erfordert einmal die Zufügung eines Schadens, der sich im Gegensatz zu § 823 Absatz I auch auf das Vermögen beziehen kann. Ob der Schaden mittelbar oder unmittelbar zugefügt wird, ist, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, gleichgültig. Der Schaden muß weiter vorsätzlich herbeigeführt sein. Nicht erforderlich ist aber, daß er auch beabsichtigt sein muß. Vorsatz ist immer schon dann anzunehmen, wenn die Handlung im Bewußtsein ihrer schädi-

---

[3]) a. a. O. S. 71.

[4]) S. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 a. a. O. § 228, I, 1 S. 770, Leonhard, Frz. Schuldrecht, a. a. O. Bd. 2 § 291 S. 544, Oertmann, Komment. zu § 823, 3g R.G. in Z.S. Bd. 65 S. 210 usw.

genden Wirkung vorgenommen wird. Nach Ansicht des Reichsgerichts [5]) genügt sogar dolus eventualis. Die Schadenszufügung muß endlich in „einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise“ erfolgen; eine solche liegt nach Ansicht des Reichsgerichts dann vor, wenn durch die Handlungsweise „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen“ [6]) verletzt wird. Diese Ersatzpflicht des Boten würde die Härte, die einige Schriftsteller darin erblicken, daß wir den § 120 bei absichtlicher Falschübermittlung nicht anwenden, beseitigen.

In der Rechtslehre bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob man den § 179 auf den nicht ermächtigten oder seine Ermächtigung überschreitenden Boten sinngemäß anwenden kann. So wird von Enneccerus-Nipperdey [7]), Bähr [8]), Lenel [9]), Mommsen [10]), Falkmann [11]), Sperber [12]), v. Tuhr [13]) und anderen die entsprechende Anwendung des § 179 mit der Begründung bejaht, daß sich die Handlungsweise des Boten mit der des Vertreters nahe berühre. Dagegen steht die h. M. [14]) mit Recht auf dem gegenteiligen Standpunkt; aber auch hier fehlt jede nähere Begründung.

Einer unmittelbaren Anwendung des § 179 widerspricht der Wortlaut. Das hindert uns indes nicht zur Ausfüllung der Lücke, die das Gesetz bezüglich des seinen Auftrag überschreitenden Boten gelassen hat, § 179 sinngemäß heranzuziehen. Voraussetzung hierfür ist aber stets, daß die Fälle rechtsähnlich sind, d. h. in den für den Grund der Entscheidung maßgeblichen Teilen gleich sind. Dies muß bei der begrifflichen unterschiedlichen Wesensart von Bote und Stellvertreter verneint werden. Der Vertreter gibt stets seine eigne E. ab, der Bote als E.-Werkzeug eines Dritten nur eine ihm fremde E. Es wurde schon wiederholt darauf hingewiesen, wie gekünstelt die Annahme einer besonderen, der Vollmacht des Vertreters entsprechenden Botenermächtigung ist. Die Beauftragung des Boten ist kein selbständiges Rg. neben der zu übermittelnden E., sondern ein Teil derselben. Erst durch die Ausführung des Auftrages wird die We. tatbestandsmäßig vollendet, der Bote ist sozusagen nur das verbindende Glied zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger. Fehlt es an dieser mechanischen Tätigkeit als Werkzeug der E.-Handlung und übermittelt der Bote eine eigne E., so ist keine We. desjenigen abgegeben, dessen Bote zu sein jemand vorgibt. Die Bevollmächtigung des Vertreters steht dagegen selbständig neben der We. Fehlt die Vollmacht, so hat das keinen Einfluß auf den Bestand der We. Daraus folgt, daß die Bevollmächtigung und die Beauftragung zwei ganz wesensverschiedene Akte sind und daher entgegen Brinkmann und anderen auch in keiner Weise miteinander verglichen werden können. Einer entsprechenden Anwendung des § 179 widerspricht aber auch der Grundgedanke dieser Vorschrift. Der Grund der Haftung aus § 179 Absatz I ist, daß, wenn jemand unter eigner Verantwortung rechtsgeschäftlich tätig geworden ist, er dafür auch einzustehen hat. Dieser Grundgedanke trifft aber auf den Boten nicht zu; er handelt gegenüber dem Dritten nicht unter eigner Verantwortlichkeit, sondern unter fremder. Er selbst gibt gar keinen rechtsgeschäftlichen W. kund. Wenn die fremde Verantwortlichkeit

---

5) S. z. B. R.G. in Z.S. Bd. 76 S. 319, Bd. 90 S. 108.
6) S. z. B. R.G. in Z.S. Bd. 48 S. 114, Bd. 58 S. 214.
7) a. a. O. Bd. 1 § 166 S. 545, Anm. 3a.
8) a. a. O. S. 295 ff.
9) a. a. O. S. 19.
10) a. a. O. S. 126.
11) a. a. O. S. 52 ff.
12) a. a. O. S. 59 ff.
13) a. a. O. Bd. 2, 2 S. 341.
14) Jung, Bürg. Recht a. a. O. S. 668, Hupka a. a. O. S. 109, Lehmann a. a. O. § 36, I, 1a S. 290, Biermann, Bürg. Recht a. a. O. Bd. 1 S. 286 u. a. m.

fehlt, z. B. weil der Bote seinen Auftrag überschreitet, so wird seine Äußerung von niemand verantwortet und kann daher höchstens vom Standpunkt des Delikts aus verantwortet werden. Die §§ 177—180, insbesondere aber die §§ 178 und 179 sind augenscheinlich nur im Interesse des E.-Empfängers erlassen worden. Aber sie setzen voraus, daß der Vertreter eine eigne E. abgibt, wenn auch im fremden Namen. Erschien dagegen dem Dritten die Mittelsperson als Bote, ging also aus ihrem ganzen Verhalten und dem Gesamtcharakter ihres Auftretens klar hervor, daß sie nur eine fremde E. zu übermitteln hatte, so wäre es eine ungerechtfertigte Begünstigung des Dritten, wollte man ihm die unter Umständen viel weiter gehenden Rechte aus den §§ 178, 179 gewähren, obwohl er nie mit einem Vertreter zu unterhandeln geglaubt hat. Endlich entspricht eine sinngemäße Anwendung des § 179 auf den Boten auch nicht dem Rechtsgefühl und der Billigkeit. Der Bote, der auf den Inhalt der E. keinen Einfluß hat, gibt diese nach außen hin nicht als seinen Willensentschluß, sondern als fremden kund. Dadurch bewirkt er, daß der Empfänger die E. als solche des Absenders auffaßt und daher auch die gesamten Rechtsfolgen an die Person des Absenders knüpft. Das Verkehrsinteresse und die Rücksicht auf das Vertrauen des Gegners verlangen also nicht diese besondere Haftung aus § 179 neben einer etwaigen Haftung nach Deliktsgrundsätzen. Auch würde der Bote in den meisten Fällen schwer getroffen werden. Handelt es sich bei Botendiensten doch meist um Personen in untergeordneter Lebensstellung, die zudem auch kein so ausgeprägtes Verantwortungsgefühl besitzen werden.

Aus all dem ergibt sich, daß eine entsprechende Anwendung des § 179 auf den seinen Auftrag überschreitenden Boten nicht gerechtfertigt ist. Dies gilt sowohl bei absichtlicher als auch nur versehentlicher Überschreitung.

Tritt der Bote dagegen gegenüber dem Dritten als Vertreter auf, so sind demselben auch alle Ansprüche zu gewähren, die das Gesetz einem E.-Empfänger gegen einen Vertreter ohne Vertretungsmacht gewährt. Daß sich die Mittelsperson nicht beklagen kann, wenn sie als das behandelt wird, wofür sie sich ausgibt, bedarf keines Beweises. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob die als Bote beauftragte Mittelsperson irrtümlich oder absichtlich eine falsche We. abgibt, denn in jedem Falle war sie nur zu einem Botenauftrag bestellt. Überschreitet sie diesen Botenauftrag bewußt und tritt gegenüber dem Dritten als Stellvertreter auf, so muß sie auch als solcher behandelt werden. Dies ist auch der Standpunkt der heute überwiegenden Ansicht in der Wissenschaft [15]). Glaubt die Mittelsperson irrtümlich als Vertreter bevollmächtigt zu sein, dann greift die Bestimmung des § 179 Absatz II Platz.

B. Gegenüber dem Erklärenden.

Eine vertragliche Haftung des Boten gegenüber dem Erklärenden ergibt sich bei schuldhafter Verletzung des dem Innenverhältnis zugrunde liegenden Vertrages. Dieser kann ein Auftragsvertrag (§§ 662 ff.) oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 sein; es ist dabei aber stets zu prüfen, ob auch ein ernstlicher Verpflichtungswille auf Seiten des Boten vorgelegen hat. So wird man das Überbringen einer Botschaft oder die Besorgung eines Briefes oft nur als eine rein gesellschaftliche Gefälligkeit ansehen müssen, die kein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien begründet [16]). Aber auch dann kann nicht von einem Auf-

---

[15]) Düringer-Hachenburg a a. O. Bd. 4 S. 132 Anm. 164, Hupka a. a. O. S. 111, Lehmann a. a. O. S. 290/1, Löwenwarter, Wegweiser a. a. O. S. 26/7, Oertmann, Komment. a. a. O. zu § 179, 5 S. 656 ff., Planck a. a. O. zu § 179, 6 u. a. m.

[16]) S. dazu R.G. in Z.S. in Jur. Wo. 1907 S. 363, 11, Bd. 65 S. 18.

tragsverhältnis geſprochen werden, wenn die beauftragte Perſon in einem beſtimmten Verpflichtungsverhältnis zu dem Geſchäftsherrn ſteht, ſei es ein Dienſt- oder Werkvertrag. In dieſen Fällen handelt es ſich um keine Auftragsverträge, ſondern um einſeitige Weiſungen des Geſchäftsherrn, die nur eine Konkretiſierung der zunächſt noch unbeſtimmt gelaſſenen Verpflichtung darſtellen. Eine Verletzung dieſer Weiſungen erzeugt keine Verpflichtung aus einem Auftragsvertrage, ſondern nur aus dem zugrunde liegenden Verpflichtungsverhältnis.

Weiterhin iſt noch der deliktiſche Schadenserſatzanſpruch des Erklärenden gegen den Boten zu erwähnen. Dieſer Schaden kann einmal darin beſtehen, daß der Abſender nun z. B. zu einem niedrigeren Angebot liefern muß, zum anderen im Falle der Anfechtung in dem Erſatz des Vertrauensſchadens nach § 122. § 823 Abſatz I ſcheidet wegen Beſchädigung des Vermögens wieder aus, § 823 Abſatz II würde bei Vorliegen eines Schutzgeſetzes eingreifen [17]). Dagegen dürfte ſich bei einer abſichtlich unrichtigen Übermittlung der We. ſtets ein Anſpruch auf Schadenserſatz gemäß § 826 ergeben.

§ 20.

Die Haftung der Anſtalt.

Um die ſich aus § 120 ergebenden und mit ihm in Zuſammenhang ſtehenden Fragen ganz zu erſchöpfen, ſei noch kurz auf die Haftung der Anſtalten eingegangen. Hier iſt zu ſagen, daß ſämtliche Telegraphenverwaltungen die Haftung für Telegrammverſtümmelungen durch Verordnungen ausgeſchloſſen haben. Die Reichspoſt übernimmt gegenüber dem Auftraggeber keinerlei Verantwortung für die durch ihre Organe unrichtig übermittelten We. (§ 24 der Telegraphenordnung). Dasſelbe gilt für den Fernſprechdienſt (§ 29 Abſatz II der Fernſprechordnung). Wird der Zweck der telephoniſchen oder telegraphiſchen Übermittlung auf irgendeine Weiſe nicht erreicht, ſo kann unter Umſtänden auf Antrag des Erklärenden die Gebühr zurückerſtattet werden (§ 25 Tele.-O.); ein weiterer Anſpruch aber entſteht nicht. Die rechtliche Gültigkeit dieſer Verordnungen war früher beſtritten, heute beſtehen bezüglich ihrer Gültigkeit keine Bedenken mehr [18]). Der Ausſchluß der Haftung iſt auch gerechtfertigt. Eine Inanſpruchnahme der Anſtalten und deren weiterer Rückgriff auf die Beamten würde die Schnelligkeit und Leichtigkeit des fernmündlichen Verkehrs ſehr erheblich ſtören, da die Anſtalten zu ihrer Sicherung weitgehende hemmende Maßnahmen ergreifen müßten; dies läge aber andererſeits nicht im Intereſſe des Erklärenden, dem es bei telegraphiſchen Beförderungen vor allem doch auf die Schnelligkeit der Übermittlung ankommen wird. Zu erwähnen iſt noch, daß, abgeſehen von eingeſchriebenen Sendungen, eine Haftpflicht der Poſt für unrichtige Briefzuſtellungen nicht beſteht [19]).

Der Telegraphenbeamte, der die unrichtige Übermittlung ſchuldhaft herbeigeführt hat, haftet gemäß § 839 ſowohl gegenüber dem Empfänger als auch gegenüber dem Erklärenden auf Erſatz des durch die Unrichtigkeit der Übermittlung entſtandenen Schadens [20]).

---

[17]) Insbeſ. § 266 Str.G.B., S. dazu R.G. in Z.S. Bd. 118 S. 312.

[18]) S. dazu Brinkmann a. a. O. S. 17 und 87 ff., ausführlich Scholz in Ehrenbergs Hdb. d. geſ. H.R. Bd. 5 S. 785 ff.

[19]) S. dazu Frankenberger in D. Jur. Zeit. 1905 S. 947.

[20]) Näheres ſ. bei Brinkmann a. a. O. S. 88.

Schluß.

In dieser Abhandlung ist der Versuch gemacht worden, den § 120 und seine Voraussetzungen in dem Rahmen des Begriffes der We. zu erfassen. Es wurde dabei von der Erkenntnis ausgegangen, daß auch der Sinn des § 120 vom Wesen der We. und der Erklärungshaftung mitbestimmt wird.

Indem zunächst der Begriff der We. klargestellt wurde, ergab sich, daß sich dieser aus zwei selbständigen Tatsachen zusammensetzt, einmal der äußeren Erklärung, zum anderen aus dem Rechtsfolgewillen. Auch § 120 lehrt nun, daß auch schon die äußere Erklärung Rechtswirkungen auszulösen vermag, die zwar durch Berufung auf den fehlenden Willenstatbestand (Anfechtung) wieder vernichtet werden können, sich aber auch nach erfolgter Anfechtung noch in der Schadensersatzpflicht des § 122 auswirken. Demgemäß ist die auf dem schuldhaft herbeigeführten Erklärungsverhalten gegenüber einem Dritten beruhende primäre Zurechnung und die den Gesamttatbestand der We. berücksichtigende endgültige Zurechnung zu unterscheiden. Von der legal-begrifflichen Voraussetzung der We. als Mitteilung an einen anderen her zeigte sich, daß auch die Übermittlung in § 120 sich als die Erklärungshandlung des Erklärenden darstellt, die ihm deshalb zugerechnet wird, weil sie auf seinem Mitteilungsverhalten beruht und dieses Mitteilungsverhalten tatbestandsmäßig erst mit dem Zugang bei dem Empfänger vollendet ist. Es ergab sich weiter, daß nicht jedes äußere Verhalten eines rechtlich Handelnden die primäre Zurechnung zu begründen vermag, sondern daß diese an weitere Voraussetzungen geknüpft ist.

Wo schon die primäre Zurechnung verneint werden muß, kann eine Anfechtung nach § 120 mit nachfolgender Schadensersatzpflicht gemäß § 122 niemals Platz greifen. Auf diese Weise war es möglich, das Anwendungsgebiet des § 120 gegenüber seinem zweifelhaften Wortlaut und seiner unklaren Entstehungsgeschichte abzugrenzen und seine Voraussetzungen eindeutig zu bestimmen. Es ergaben sich dabei von der herrschenden Rechtslehre abweichende Gesichtspunkte. Nur die durch die adäquate Kausalität und die Schuld bedingte primäre Zurechnung — die auch da stattfindet, wo das Erklärungsverhalten des Handelnden nicht auf seinem Mitteilungs- oder Rechtsfolgewillen beruht — gibt den Maßstab für eine billige und gerechte Ausdehnung der Verantwortlichkeit des Handelnden für sein Erklärungsverhalten. Auch § 120 ist bestrebt, die schutzwürdigen Interessen beider Parteien zu schützen und die Handelnden nur für das verantwortlich zu machen, was ihnen billiger Weise zugerechnet werden kann. Um diesen Grundsatz, der den ganzen Begriff der We. und alle damit zusammenhängenden Fragen beherrscht, zu verstehen, muß man sich von der Auffassung des § 122 als einer gesetzlichen Veranlassungshaftung frei machen. Es wurde gezeigt, daß die Veranlassung allein die Schadensersatzpflicht des § 122 nicht auszulösen vermag.

So glauben wir, unter Zugrundelegung der Zurechnung die Voraussetzungen des § 120 bestimmt und damit zugleich den einheitlichen Grundsatz zur Lösung aller Streitfragen im Rahmen dieser Vorschrift gegeben zu haben.

In der Lehre von dem Boten mußte an einer scharfen begrifflichen Unterscheidung zwischen dem Boten und dem Stellvertreter festgehalten und aus dieser Einstellung heraus jede sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung auf den Boten abgelehnt werden. Der Bote ist das unselbständige Mitteilungsorgan im Tatbestande einer fremden We. Ihm ist daher diejenige Tätigkeit zugewiesen, die das Gesetz in § 120 gerade voraussetzt.

Lebenslauf.

Am 1. August 1909 wurde ich, Otto Baier, zu Kassel als Sohn des Rechnungsbeamten Peter Baier und seiner Ehefrau Babetta geb. Fasold geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschulen in Gersfeld (Rhön) und Kassel trat ich Ostern 1920 in die Sexta der Oberrealschule I in Kassel ein und legte dortselbst Ostern 1929 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich an der Universität in Marburg/L. Rechts- und Staatswissenschaft. Am 10. Juni 1933 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „lobenswert" und am 3. April 1935 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg/L. die mündliche Doktorprüfung mit dem Prädikat „Cum laude".

Für die mir zuteil gewordene wissenschaftliche Förderung möchte ich meinen Lehrern, insbesondere aber Herrn Geheimen Justizrat Prof. Dr. Manigk für die mannigfachen Anregungen zu dieser Dissertation auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank aussprechen.